

一般免責請求権論

論

——ドイツ法の紹介と日本法への示唆——

説

渡 邊 力

- 第1章 はじめに
- 第2章 ドイツにおける一般免責請求権論
- 第3章 ドイツ法のまとめと日本法への示唆
- 第4章 結びに代えて

第1章 はじめに

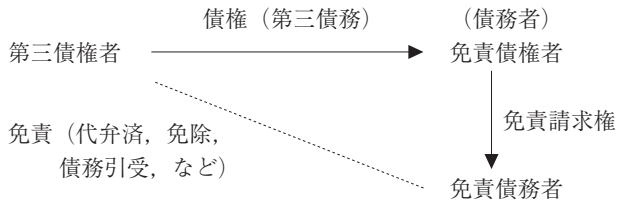
1 ドイツにおける免責請求権論の概況

(1) 定義

ドイツでは、民法領域を中心として法律の規定および解釈論によって、免責（解放・免脱）請求権が認められている。ただし日本になじみの薄い権利であるため、本稿の問題提起および課題設定をなす前に、まずはその概略をみておきたい。

そもそも免責請求権とは、債務者（＝免責債権者）が債権者（＝第三債権者）に対して債務（＝第三債務）を負っている場合において、その債務者が当該債務からの免責を債権者ではなく他者（＝免責債務者）に対して請求することのできる権利と定義される。そして、免責義務の内容としては、代弁済、免責的債務引受または免除契約などが指摘されていて、免責債務者はそれらの免責方法を任意に選択できるとされる。このような免責請求権については、金銭の支払いを目的とする請求権とは異なった特殊性

を有することが強調されている。



(2) 具体例と適用場面

それでは、実際にどのような場面で免責請求権が生じるのであろうか。たとえば、ある土地の所有者が自己の土地に無断で駐車された車両をレッカー移動させたとすると、その土地所有者はレッカー移動費に関する債務を負担させられる。この場合、その土地所有者（免責債権者）は無断駐車をした者（免責債務者）に対して、レッカー移動を請け負った業者（第三債権者）に対する債務（第三債務）から自分を免責させる請求権を有する。これは不法行為の損害賠償に関するドイツ民法（BGB）823条【損害賠償義務】⁽²⁾ 1項との関連で損害賠償の種類と範囲を定めた BGB 249条【損害

(1) Vgl. Gerald Görmer, Der Befreiungsanspruch, JuS 2009, 8.

(2) 本稿では、ドイツ民法を BGB と略称する。また、民事訴訟法を ZPO、保険契約法を VVG と略称する。本稿と関連する規定は多岐にわたるため、本稿末尾に一覧を掲載する。その訳出については、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988年）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）、法務省司法法制調査部編『ドイツ強制執行法』（法曹会、1976年）、岡孝編『契約法における現代化の課題』法政大学現代法研究所叢書21（法政大学出版局、2002年）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003年）、新井修司・金岡京子共訳『ドイツ保険契約法（2008年1月1日施行）』（㈱日本損害保険協会・生命保険協会編集・発行（2008年）を参照。

賠償の種類と範囲】1項に従って成立するとされる。⁽³⁾

この損害賠償の場面の他に免責請求権が成立する場面としては、民法上、費用償還の場面（BGB 257条【免責請求権】）、受託保証の場面（BGB 775条【免責に関する保証人の請求権】）、連帯債務の場面（BGB 426条【清算義務、債権の移転（連帯債務者間の求償義務）】）、組合からの脱退の場面（BGB 738条【脱退の場合の清算】）、当事者間の合意による場面が主として挙げられている。他方、民法以外の法律が関係する場面としては、保険契約の場面（VVG 100条【保険者の給付】）が重要とされている。これらの適用場面の詳細は、本論で検討する。

（3）ドイツの学説状況

このような免責請求権については、古くから免責請求が問題となる個別の場面ごとの各論的な議論がなされ、そして多くの判例がみられる。その一方で、近時はそれらの場面を総合的に検討した一般免責請求権論が議論⁽⁴⁾されている。そこにおいては、共通の枠組みの中で免責請求権の権利内容

（3） Görmer, 8.

（4） 一般免責請求権論の萌芽的研究として、Walter Gerhardt, Der Befreiungsanspruch; zugleich ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch, 1966. また、訴訟法上の問題点をまとめたものとして、Bruno Rimmelspacher, Die Durchsetzung von Befreiungsansprüchen, JR 1976, 89. がある。他方、とりわけ本稿で中心的な検討対象とするのは、次に掲げる一般免責請求権に関する近時の文献である。Brigit Wilhelm, Der Befreiungsanspruch, FuR 2000, 353; Georg Bischoff, Der Befreiungsanspruch — materielle und prozessuale Probleme, ZZP 2007, 237; Görmer, 7; Olaf Muthorst, Der Anspruch auf Befreiung von der Eventualverbindlichkeit, AcP 209 (2009), 212. また、免責請求権の一般規定と位置付けられる BGB 257条【免責請求権】の解説として、次の文献を主として参照する。Staudinger/Bittner, BGB, Neubearbeitung 2009, § 257; MünchKomm/Krüger, BGB, Bd.2, 5. Aufl. 2007, § 257.

の特殊性が意識され、このことが要件・効果に関する個別の解釈論に大いに影響を与えている。さらにはそのような特殊性から生じる手続法上の問題点も指摘され、様々に議論が行われている。そのみならず、免責請求権は保険法や手形法など民法以外の法律の範疇でも成立しうることから、広範な射程を有するものである。このように、ドイツにおいては、免責請求権論は広範な射程を有する発展的な議論であると位置付けることができる。

（４）免責請求権の存在意義

このように近時盛んに議論される免責請求権であるが、そこにはいかなる実際上の意義が認められるのであろうか。この問題は本論で詳細に検討されるべき重要な課題の一つである。ただし、この種の権利が明文で定められていない日本で議論を喚起するにあたっては、本稿の結論を先取りしなくても、多少なりとも権利の存在する意義について冒頭で触れておく必要があるだろう。

そもそも免責債権者は、自身の債務を実際に履行するより前に、免責債務者に対して「債務からの免責」を主張できる。このことから、免責債権者は自身の債務につき自らの財産による出損を免れ、かつ給付に関する危険を免れることになる。その一方で、免責債務者は、自身の利益状況に見合うように、異なったいくつかの免責方法を任意に選択できる。このように、免責請求制度には免責債権者と免責債務者の双方に実益が認められている。さらに、免責請求権と償還請求権（金銭支払請求権）との異同を考察することで、理論的な面からも意義が認められる。つまり、詳細は第３章に譲るが、積極財産と消極財産との区別による財産侵害の補償手段の明確化を図ることができるということである。このように実務的利益のみならず理論面でも意味のある議論であるということができる。

2 日本の議論状況と比較研究の意味

(1) 日本の議論状況

ドイツの状況に対して、日本では免責請求権は明文上認められておらず、⁽⁵⁾ 解釈論上もこれまであまり議論されてこなかった。これに加えて、免責方法の一つとされる免責的債務引受も規定されていない。ただし、周知のとおり、日本においてもドイツにならって免責的債務引受を解釈上肯定することが一般的となっている。⁽⁶⁾ 他方で、各論として挙げられる場面をみてみ

論
説

(5) 免責請求権に言及する初期の文献として、田上富信「西ドイツにおける使用者責任についての一考察」鹿児島大学法学論集7巻1号(1971年)81～86頁、同「契約の第三者に対する効力」『現代契約法大系・第1巻・現代契約の法理(1)』(有斐閣, 1983年)115頁以下、谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』(有斐閣, 1991年)296～299頁(該当箇所につき三宅正男執筆〔初出『旧注釈民法(18)債権(9)』(有斐閣, 1976年)361頁])。また、委任における代弁済請求(民法650条2項前段)と相殺が問題となった判例(最判昭和47年12月22日・民集26巻10号1991頁)の研究の中で、ドイツ民法コンメンタール(Palant/Heinrichs, 43. Aufl., 1984, § 257; MünchKomm/Keller, Bd.2, 2. Aufl., 1985, § 257)をもとにドイツにおける免責請求権の概略を紹介するものとして、平田健治「代弁済請求権と相殺」判タ632号(1987年)25頁以下がある。さらに、ドイツにおけるフォン・トゥールの転用物訴権論を紹介する中で、トゥールの免責請求権論を詳しく紹介するものとして、同「フォン・トゥールの『転用物訴権』論について(1)(2・完)」新潟大学法政理論20巻3号1頁以下〔とりわけ「第4章『免責請求権』の諸特性」29頁以下〕・20巻4号102頁以下(1988年)がある。他方で、ドイツ民法の条文解説の中で免責請求権(BGB 257条)を簡単に紹介するものとして、前掲注(2)『ドイツ債権法総論』72～73頁(該当箇所につき大内和直執筆)がある。これら有意義な先行業績を適宜参照しながら、本稿ではとりわけ近時のドイツ法の状況をまとめた。

(6) 古くから多くの文献があるが、さしあたり我妻栄『新訂・債権総論』民法講義Ⅳ(岩波書店, 1964年)565～567頁参照。また、近時の文献として、遠藤研一郎「免責的債務引受に関する一考察(1)(2・完)」中央大学法学新報108巻1号89頁以下・2号99頁以下(2001年)があり、序章で

ると、そのいくつかはドイツと同様の議論が成り立ちうるように思われる。たとえば受託保証の場面では事前求償権（民法459条1項前段・460条）との関連で日本でも免責請求権に言及されることがある。周知のとおり、受託保証人の事前求償権はその意義ないし法的性質に疑問が呈されており、これまではその運用には消極論が一般的であった。⁽⁷⁾しかし、近時は事前求償権の歴史的な経緯から免責請求権に焦点を当てた議論が注目を浴びてお⁽⁸⁾り、その中には事前求償権を免責請求権として捉えなおすべきことを主張

我が国の学説の詳しい流れがまとめられている。

(7) 判例および学説の経緯については、渡邊力「受託保証人の事前求償権——『事前に求償する』という意義の再検討」名古屋大学法政論集227号（2008年）397頁以下、同『求償権の基本構造——統一的求償制度の展望』（関西学院大学出版会、2006年）39～48頁参照。なお、同稿では事前求償権の実務上の意義を指摘し、同権利を再評価するよう主張した。これに対して、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ——契約および債権一般（2）』（商事法務、2009年）452頁以下では、従来の学説の流れに沿って事前求償権規定の削除が提案されている（ただし免責請求権については触れられていない）。これによれば、同稿を「少しでも早い段階で主債務者からの債権回収を認め、かつ主債務者の有する財産の散逸を防ぐという受託保証人の保護の視点」から事前求償権にも一定の意義を認める見解があると引用したうえで、受託保証人の保護は債権者に適時執行義務を新たに課すことで解決できると指摘される。しかし、当該義務は連帯保証には適用されないことから、委託を受けた連帯保証人の保護は著しく後退することになるため、やはり事前求償権規定の削除には反対である。本稿は一般免責請求権に視点を置くため、この点の詳細は別稿に譲りたい。

(8) 事前求償権の沿革または立法経緯については、潮見佳男「〈史料〉債権総則（29）」民商法雑誌88巻6号（1983年）137頁以下、西村重雄「保証人の事前求償権——民法459条のローマ法的沿革——」鈴木古稀記念『民事法学の新展開』（有斐閣、1993年）221頁以下、福田誠治「中世末期における保証人の事前求償権——民法460条2号の形成史——」上智大学法学会編『変容する社会の法と理論』（2008年、有斐閣）324頁以下参照。また、フランス法の研究として、國井和郎「フランス法における支払前の求償権

する見解もある。⁽⁹⁾このように、日本においても受託保証の場面に限っては、免責請求権の成立する余地は一部に認められつつあるといえよう。他方で、委任の費用償還の場面では、民法650条2項において免責方法の一つである代弁済請求が実際に規定されている。ドイツの選択的な免責請求権とは様相を異にするとはいえ、日本においても免責方法の一つが明文で規定されていることは重要である。これまであまり議論の対象とされてこなかった規定ではあるが、免責請求権との関連で再検討すべきものと思われる。⁽¹⁰⁾また、組合からの脱退に際しても、脱退組合員の持分の払戻しに関する民法681条の解釈論として免責請求権の成立を指摘する見解がある。⁽¹¹⁾

に関する一考察」阪大法学145号・146号（1988年）245頁以下参照。他方で、立法経緯、フランス法およびドイツ法について保証人のリスク回避という視点から事前請求制度を肯定的に検討するものとして、福田誠治「事前請求制度の目的となるリスク内容（上）——求償リスクと出捐リスク——」上智大学法学論集53巻4号（2010年）19頁以下参照（なお、ドイツ法の検討部分は本稿脱稿時には未完）、また保証委託契約の清算という観点から捉えたものとして同『保証委託の法律関係』上智大学法学叢書32（有斐閣、2010年）がある。

(9) 高橋眞「事前求償権の法的性質」民商法雑誌108巻2号（1993年）173頁以下、平野裕之『債権総論』プラクティスシリーズ（信山社、2005年）436頁、潮見佳男『債権総論Ⅱ——債権保全・回収・保証・帰属変更——』（信山社、第3版、2005年）491頁以下、古積健三郎「保証人の事前求償権の法的性質」中央大学法学新法113巻7・8号（2007年）53頁参照。なお、この問題について、これまではフランス法との比較検討が中心であったため、ドイツにおける免責請求権論を詳細に検討する必要性が感じられる。このような事前求償権との関連性という視点からも、ドイツの一般免責請求権論を検討することには一定の意義が認められよう。

(10) 前掲注(5)・平田判タ632号25頁以下、前掲注(5)・三宅『新版注釈民法(18)』297～299頁、平野裕之「間接代理（問屋）をめぐる責任財産及び直接訴権（1）（2・完）」慶応法学1号103頁以下（2004年）、2号67頁以下〔とりわけ108頁以下〕（2005年）参照。

(11) 我妻栄『債権各論・中巻二』民法講義V3（岩波書店、1962年）838頁、

これら民法の場面について、近時の民法・債権法改正の議論の中でも、各学説による免責請求権の議論の影響がみて取れる。たとえば委任の場面では受任者の代弁済請求権を現行民法通りに維持する提案に加えて、受任者の弁済資金請求権として捉え直す提案がなされている⁽¹²⁾。また、組合からの脱退においては、免責請求権の成立が端的に提案されている⁽¹³⁾。さらに、免責方法の一内容とされる免責的債務引受も立法化が提案されている⁽¹⁴⁾。

他方、保険法の分野でも、日本の保険法に免責請求権は規定されておらず、保険契約者（加害者）が被害者に損害賠償債務を履行した後に、保険

鈴木祿彌編『新版注釈民法（17）債権（8）』（有斐閣，1993年）181～182頁（該当箇所につき菅原菊志執筆〔初出『旧注釈民法（17）債権（8）』（有斐閣，1969年）142頁〕）。

(12) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅴ——各種の契約（2）』（商事法務，2010年）115頁以下によれば、代弁済請求権を改め弁済資金請求権とする甲案と、現民法を維持する乙案との両案が併記されている。このように見解が分かれる理由として、委任者が受任者に対して金銭債権を有する場合に、委任者がこれと受任者の委任者に対する代弁済請求権とを相殺することを認めるべきかという点に関わるとされる。つまり、現行民法の代弁済請求権は、通常金銭債権とは異なった特殊性を有するがゆえに、従来通りの乙案では反対債権との相殺は認められないことになる。これに対して甲案では、受任者の権利を金銭債権と構成するため、相殺を認めることが可能となる。この問題は、代弁済請求権が本稿で扱う免責請求権の一亜種と考えられることから、相殺の可否を検討する前提として、ドイツにおける免責請求権の意義および金銭債権への移行が問題とされなければならない。とりわけ、前掲注(5)・平田判タ632号25頁以下参照。

(13) 民法（債権法）改正検討委員会（前掲注(12)『詳解・債権法改正の基本方針Ⅴ』309頁以下）は、学説を参照して、免責請求権の導入を改正提案に含めている。ただし、詳細な検討はなされていない。本稿の視点からは、第3章で検討するように、とりわけ当該場面では慎重な検討が必要と思われる。

(14) 前掲注(7)『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ』314頁以下参照。

者に保険金を請求することが原則とされている。しかし学説においては、ドイツの議論が「免脱請求権」として紹介されているうえ、解釈論的な導入の余地も検討されている⁽¹⁵⁾。

(2) 比較研究の意味

以上のように、ドイツで免責請求権の明文規定が存在する場面では、その影響のもと日本でも一部で意識的に議論されている。しかし、ドイツの状況と比べて、いまだ日本での議論は深まっていないといえよう。さらに、ドイツで解釈によって認められる損害賠償や連帯債務の場面では、これまで議論の対象にさえなっていなかったようである。しかしこれらの場面でも、少なくとも比較検討の素地は認められるかもしれない。かりに日独間で類似の法状況が認められ、かつ、先に触れた免責請求権の実益が承認されうるとするならば、日本においても当該権利に関する比較研究の意味が出てくるのではないだろうか。

他方で、もう少し内容に踏み込むならば、ドイツにおける免責請求権は、委任を中心とする費用償還との関連で論じられるとともに、損害賠償の効果論としての原状回復の一内容としても問題とされている。この両議論が相互に影響した形で、現在の一般免責請求権論は成り立っているといえる。

(15) 中西正明「責任保険における『第三者』の地位」香川大学経済論叢29巻4号(1956年)51頁、西島梅治「被害者の直接請求権について(2)」熊本大学法文論叢10号(1958年)261頁、広瀬裕樹「責任保険における被保険者の破産」愛知大学法経論集165号(2004年)83頁以下、山下友信『保険法』(有斐閣、2005年)425頁(注134)参照。他方で、直接訴権の一般的な検討の中で責任保険における保険金請求権との関連で「免脱請求権」に触れるものとして、平野裕之「債権者代位権の優先的債権回収制度への転用(2)——最終的な給付の帰属者の優先的保護の法的可能性——」明治大学法律論叢72巻4号(1999年)65頁以下参照。

そこで、一般免責請求権論を検討することは、損害賠償につき金銭賠償の原則を採用する日本において原状回復論の意義を再検討する一因となりうる重要な問題提起を含むとも捉えられる。

（３）本稿の研究手法と分析視点

以上の諸点を踏まえるならば、当該権利を詳細に検討することは日本法への示唆を大いに与えてくれるものと期待される。そのための研究手法として、まずは従来のように各論場面を個別に検討することにも一定の意義はあるだろう。しかし、上述のように各論的場面にも性格の異なる種々の場面がありうる。ドイツではそれらの各論場面が個別に議論されたうえで、一般免責請求権論という共通枠組みへと純化されてきた。さらに、その一般論が逆に個別の議論へと還元されつつある。そうであるならば、日本において免責請求権を議論の俎上に上げるか、または再検討する際には、免責請求に関する共通の問題点や一般原則をまずは踏まえたうえで、そのような一般枠組みの中で各種免責請求権を位置付けながら、個別に検討して行く必要があると考える。⁽¹⁶⁾

このような研究手法について、民法・債権法に関する抜本的な立法提案も行われている昨今の議論状況に鑑みるとときには、関連する各規定間の調整を適切にはかる意味でも、とりわけこの種の横断的な制度枠組みの視点

(16) そもそも免責請求権を研究の対象とした当初の目的は、受託保証人に認められる事前求償権の法的性質を解明することにあつた。ただし、ここで述べた理由から、受託保証の場面であっても、まずは一般枠組みを踏まえたうえで各論場面を位置付ける必要が感じられる。そのうえで保証の場面の特殊性を慎重に考慮して、各論的検討がなされるべきである。そのため、ドイツでの受託保証における免責請求権の意義ないし要件・効果の具体的な検討、および日本の事前求償権規定との関連性の解明は別稿に譲りたい。

も必要となる。しかし、先にみたとおり、今般の改正提案の中に個別の免責請求権の影響がみられるにもかかわらず、それは一部の場面に限定されているうえ、該当場面のみを検討しかなされていない。このように、日本にこれまで存在しなかった権利を創設することになるにもかかわらず、いまだに議論が尽くされているとは思われない。そこで、解釈論的な視点からはもとより、立法論の展開をも見据えるならば、ドイツにおける一般枠組み構築の視点がより重要性を有するといえよう。

以上から、本稿ではドイツの一般免責請求権論を客観的に紹介および分析することにまずは主眼を置くことにする。

3 本稿の課題設定

ところで、先にみたとおり、ドイツでは免責請求権に関するいくつかの明文の規定が存在する。これらの規定の草案を参照していた日本において、なぜドイツのような免責請求権が規定されなかったのであろうか。これについて、立法理由などをひも解けば、現に存在する規定の存在理由は比較的明らかになるが、存在しない規定の不存在理由は明示されないことが多いといえよう。そのため、各種免責請求権が規定されなかった理由についても推測せざるをえない部分が多いのだが、第3章でいくらか検討するように、日本の立法者は免責請求権の特殊性からくる複雑さに懸念を抱いて、そのためあえて規定を置かなかったものと考えられる。そうであるならば、この種の権利の導入論には極めて慎重な姿勢が求められよう。そこで、このような視点も踏まえて、本稿の課題を設定しておきたい。

(1) 免責請求権の特殊性から生じる問題と導入論の許容性

かりに日本では立法段階で免責請求権の導入に消極的な姿勢がとられたとするならば、当時の懸念が払しょくされない限り、現在においても導入

の可否を議論すること自体が無意味だと評価されるかもしれない。しかし、たとえばドイツで一定の解釈論が定着しているとするならば、その方法を探ることによって、立法時の消極論を越えて、これから日本で議論を開始することへの許容性が生じてはこないだろうか。そこで、ドイツにおいて、免責請求権に関する複雑な権利関係の原因や、そこから生じる問題が解決されているかどうかを探ることをもって、本稿の第一の課題としたい。

（２）日独間の法的枠組みの異同と導入の可能性

他方で、かりに議論を開始することへの許容性が認められるとしても、ドイツと日本の法規定および理念の相違からくる現実的な解釈論的枠組みに大きな相違があるとするならば、実際に日本に導入する可能性がないと評価されるかもしれない。また、このような相違が場面ごとの僅差であったとしても、そのような相違を超えて、日本へ新しい制度を導入する可能性は認められるのであろうか。そこで、免責請求権に関連する日独間の法的枠組みの相違の解明をもって、本稿の第二の課題としたい。

（３）免責請求権の意義と導入の必要性

最後に、そもそもドイツの免責請求制度には実際上の意義は認められるのであろうか。すでに冒頭で触れたところではあるが、かりに意義があるとするならば、複雑化した現代社会における紛争解決手段として、ある程度複雑な権利ではあっても一般的な手法が日本でも認められるべき社会的な必要性が生じるのではないだろうか。そこで、免責請求権の意義の解明をもって本稿の第三の課題としたい。

これら三つの視点から生じる課題を検討するために、ドイツにおける一般免責請求権論を詳細かつ客観的に分析、紹介および検討することが前提

作業として不可欠となる。この作業を通して、日本法との比較の基盤が整備されることになる。

4 論文の構成

以上から、まずは第2章においてドイツの議論を客観的かつ詳細に紹介する。そして、第3章において、ドイツにおける一般免責請求権論の意義と問題点をまとめたうえで、上記三つの課題を中心にして、日本法への示唆を得ることとする。

第2章 ドイツにおける一般免責請求権論

1 緒論

本章では、ドイツで近時盛んに議論されている一般免責請求権論について詳しくみて行きたい。具体的には、免責請求権の適用場面、意義・法的性質・機能、権利・義務内容、要件・効果、手続法上の問題についてドイツの議論状況を順に紹介する。

2 適用場面

(1) 費用償還の場面 (BGB 257条)

BGB 257条【免責請求権】によれば、一定の目的のために支出する費用について償還を求める権利を有する者には、その目的のために負担した義務から自分を免責するように他者に請求する権利が認められる。⁽¹⁷⁾ここで前提となる費用償還の権利は、法律または契約に基礎を置くことを前提としているが、とりわけ委任における受任者の費用償還請求の場面で BGB 670条【費用償還】⁽¹⁸⁾によって認められることが多いとされる。

(17) G·rmer, 8; Bischoff, 250; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 1; MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 1.

たとえば、委任遂行のために何らかの義務を引き受けた受任者は、BGB 670条【費用償還】との関連でBGB 257条【免責請求権】1文によって委任者に対して義務からの免責を要求しうる。他方で、夫婦の一方が、他方に銀行から融資を得られるようにするために、婚姻中に土地債務（Grundschild）などの義務を引き受けた場合には、その夫婦の一方は、婚姻の破たん後に他方に対してそのような義務からの免責請求権を有しうる⁽¹⁹⁾。さらに、買主（委託者）から委託を受けて商品を購入する委託購入業者（Einkaufskommissionär）が売主（第三債権者）に対して購入代金債務（第三債務）を負った場合に、購入業者は買主に対してそのような債務からの免責請求権を有しうる⁽²⁰⁾。また、手形の名宛人（Bezogene）が満期において手形を支払わない場合には、手形法（WG）28条によって所持人（Inhaber）は受取人（Annehmer）に対して手形を理由とする請求権を有するところ、好意での手形引受人（Gefälligkeitsakzeptanten）であればそのような債務からの免責請求権を有しうる⁽²¹⁾。さらに、請負人が目的物に関して瑕疵除去義務を負う場合において、請負人がその義務の履行につき遅滞に陥っているときは、旧BGB 633条【修繕：瑕疵除去】3項（現BGB 634条【瑕疵がある場合における注文者の権利】2号、現637条【注文者による瑕疵の除去】）に基づいて、注文者は瑕疵を自ら除去することができる。この場合に、注文者は補修業者に対して負う債務からの免責を請負人に請求しうる⁽²²⁾。他方で、債務者が債権者から金銭を借り受ける場合に、第三者がその債務者の委託によって物的責任を引き受けたときは、これも

(18) Görmer, 8.

(19) BGH, NJW 1989, 1920 (1922). Vgl. Bischoff, 250.

(20) BGH, NJW 1965, 249 (251).

(21) RGZ 120, 205 (208); BGHZ 19, 282 (293).

(22) OLG Düsseldorf NJW 1968, 2061.

義務の負担と捉えるべきである。そこで、受託物上保証人は、物的担保を理由に請求される限りで、債務者に対して免責請求権を有しうる。⁽²³⁾これらに加えて、売主が買主のために運送費用を引き受けた場合における運送会社に対する運送費用債務からの売主の免責請求権、⁽²⁴⁾旅行社が顧客の「予約」によって航空会社やホテルなど第三者に対して義務を引き受けた場合における旅行社の免責請求権、⁽²⁵⁾和解管理人（Vergleichsverwalter）が和解提案のために何らかの義務を引き受けた場合における和解管理人のそのような義務からの免責請求権、⁽²⁶⁾などの場面が指摘されている。

他方で、免責債権者が第三者に対して損害賠償義務を負担していた場合にも、BGB 257条【免責請求権】の適用の余地があるとみる見解がある。⁽²⁷⁾たとえば、故意または重過失なく行為をした被用者は、企業外の第三者に傷害を与えた場合に雇用者の配慮義務（Fürsorgepflicht）を理由として、または直接にBGB 670条【費用償還】から、被用者の雇用者に対する免責請求権（Freistellungsanspruch）を有するという。⁽²⁸⁾

（２）保証の場面（BGB 775条１項）

受託保証人は、BGB 775条【保証人の免責請求権】１項の要件のもと、債権者を満足させるよりも前に、主債務者に対して保証債務から自らを免責させるように請求する権利を有する。

たとえば、銀行が自己の顧客のために手形保証人（Wechselbürge）となつて手形保証料（Avalprovision）と引き換えに保証をなした場合に、保

(23) BGH MDR 1955, 283 (285); BGH ZIP 1998, 858.

(24) OLG München SeuffA 68 Nr 148.

(25) BGHZ 60, 22.

(26) OLG Stuttgart ZIP 1988, 1344f.

(27) Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 3.

(28) Vgl. Gerhardt, S. 116f.

証人としての銀行が債権者に対する支払債務からの免責を主債務者に請求する場合が挙げられる⁽²⁹⁾。また、姉が自身の経済的利益のためではなく弟のために有限会社の女性社員となり、そして当該会社のあらゆる負債のための保証を引き受けている場合に、保証によって生じる債務からの免責の場合が指摘されている⁽³⁰⁾。

(3) 連帯債務の場面 (BGB 426条 1 項 1 文参照)

BGB 426条【清算義務、債権の移転】1 項 1 文によって、連帯債務者 (Gesamtschuldner) (たとえば、共同保証人または BGB 以外の会社の社員) は、債権者を満足させるよりも前にすでに、他の共同債務者 (Mitschuldner) に対し、共同債務者がその内部関係において負担すべき債務の一部分から自分を免責するように請求する権利を有する⁽³¹⁾。なお、この連帯債務者間の免責請求権は、連帯債務者の一人が内部関係において給付義務を全く負っていないことが要件とされる⁽³²⁾。BGH の見解によれば、銀行から共同でローンを受けた場合に、そのローンが両借受人のうちの一人の者にしか役立てられないものであったなら、非受益者である連帯債務者は銀行への履行前に他の連帯債務者に対して免責請求権を有するとされる⁽³³⁾。

また、妻がその夫を通して医療給付の主張に基づいて医師の診療報酬請求を約束したような場合に、BGB 426条【清算義務、債権の移転 (連帯債務者間の求償義務)】1 項 1 文は、もっぱら夫に対する免責請求権を彼女に認めている⁽³⁴⁾。この免責請求権は、BGB 426条【清算義務、債権の移転

(29) Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 2.

(30) BGHZ 137, 329ff.

(31) Görmer, 8.

(32) Bischoff, 249.

(33) BGHZ 41, 157 (165).

(34) Görmer, 8; Stamm, NJW 2004, 811.

(連帯債務者間の求償義務)】2項による支払請求権または求償請求権よりも前に認められる。

(4) 損害賠償の場面 (BGB 249条 1項参照)

ある債務が引き受けられた場合に、それについて債務者が第三者に対して損害として主張することのできる債務であったとすると、債務者は当該債務からの免責を第三者に主張することができるかが問題とされる。これにつき、債務を負担することがすでに消極的な意味での損害とということから、免責請求権は、損害賠償請求権の内容として、すなわち BGB 249条【損害賠償の種類と範囲】1項の意味での原状回復として生じうるとされる。⁽³⁵⁾

たとえば、ある土地の所有者が自己の土地に無断で駐車された車両をレッカー移動させた場合には、その土地所有者はレッカー移動費に関する債務を負担させられる。この場合、その土地所有者は無断駐車をした者に対して、BGB 823条【損害賠償義務】1項との関連において249条【損害賠償の種類と範囲】1項によって、レッカー移動を請け負った業者（第三債権者）に対する債務から自分を免責させる請求権を有する。

他方で、BGB 249条【損害賠償の種類と範囲】による免責請求権は、医療上または弁護士上の過誤からも生じうる。⁽³⁶⁾たとえば医療上の処置ミスのために望まない子が生まれてしまったならば、その子への扶養義務は損害でもあり、責任を負うべき医師はその扶養義務から両親を免責させるべきである。⁽³⁷⁾また、訴訟の当事者が、弁護士の責任で敗訴したことによって、避けられたはずの費用や支払債務を負担した場合には、その弁護士は当該債

(35) Görmer, 8; Bischoff, 239.

(36) Görmer, 8.

(37) BGH, NJW 1984, 2625; Wilhelm, 354.

務から依頼者を免責させることを義務付けられる。⁽³⁸⁾

(5) 組合からの脱退の場面 (BGB 738条 1 項 2 文)

BGB における組合 (BGB-Gesellschaft), 合名会社 (OHG) または合資会社 (KG) から組合員または社員 (Gesellschafter) が脱退する場合には, その組合員などは他の組合員などに対して BGB 738条【脱退の場合の清算】⁽³⁹⁾ 1 項 2 文に従って共同債務からの免責を請求する権利を有する。たとえば, 脱退した組合員が組合債務のために自身の個人財産から債権者に担保を提供していた場合が挙げられる。この場合に, その脱退組合員の免責請求は, たとえば不動産担保権 (Grundpfandrecht) の解消 (Aufhebung) によるなど, 担保の償却 (Ablösung) という手段でおこなわれる。

(6) 保険法の場面 (VVG 100条)

VVG 100条【保険者の給付】によれば, 賠償責任保険の保険者は, 保険期間中に生じた事実について保険契約者に責任があることを理由として第三者が請求をなす場合に, その請求権から保険契約者を免責する義務を負うと規定される。⁽⁴⁰⁾ すなわち, 保険契約者は保険者に対して第三者に対する義務からの免責請求権を有する。さらに, この免責請求権は, 明文上, 根拠のない請求権の除去をも含んでいる。なお, 被害者が損害責任保険法 (PfIVG) 3 条に基づいて保険者に対して直接請求権を有する場合には, ⁽⁴¹⁾ 保険契約者は免責請求権を行使できないとされる。

(38) Görmer, 8.

(39) Görmer, 8.

(40) Görmer, 9.

(41) Bischoff, 250.

(7) 当事者間の合意による場合

免責請求権はしばしば契約における合意によって成立することがある。⁽⁴²⁾

この場合に、免責義務という内容は債務関係から生じるのであり、BGB 257条【免責請求権】に基づく必要はない。契約の内容は個別合意として⁽⁴³⁾基本的には当事者の任意に委ねられる。たとえば、離婚に付随する合意の中で、夫婦の一方が自分たちの子への扶養義務から他方を免責する義務を負担することがある。⁽⁴⁴⁾この場合、契約上の免責請求権が生じることとなる。ただし、この合意は親同士の内部関係においてのみ相互に有効なだけであるので、扶養の権利を有する子の側からは他方の親に扶養の支払いを請求⁽⁴⁵⁾できる。かりに他方の親を免責することについて子の同意があったとしても、この同意は不適法な放棄（BGB 1614条【扶養請求権の放棄；先履行】1項）を意味するであろうことから、両親間の合意は免責的債務引受を根拠⁽⁴⁶⁾付けることはないとする。

他方で、契約上の免責義務は個別合意の場合にのみ限定されるわけではないと指摘される。たとえば、建築給付のための請負契約規則（VOB/B）には免責義務が規定されているところ（10条【契約当事者の責任】6項および11条【違約金】2項）、契約上の免責請求権は同法の効力を合意する際にも生じうる。⁽⁴⁷⁾判例によれば、ある契約の中で、当事者の一人が第三者からの請求に応じる単独の責任を引き受けた場合には、その当事者の一人が他方に対して負う義務には第三者の請求から他方当事者を免責させる⁽⁴⁸⁾ことが含まれると解されている。

(42) Görmer, 9; Bischoff, 248f.; Wilhelm, 353.

(43) Wilhelm, 353.

(44) Görmer, 9; Wilhelm, 354.

(45) Bischoff, 249f.

(46) Wilhelm, 354.

(47) Görmer, 9; Bischoff, 248f.

3 意義・法的性質・権利内容

(1) 意義・法的性質・機能

a 意義

免責請求権とは、債務者（＝免責債権者）が債権者（＝第三債権者）に対して債務（＝第三債務）を負っている場合において、その債務者が当該債務からの免責を債権者ではなく他者（＝免責債務者）に対して請求することのできる権利である。⁽⁴⁹⁾そのため、免責請求権は常に三者関係において問題となる権利であるとされる。⁽⁵⁰⁾このように免責請求権は、「債務からの免責」という特殊性および独自性のある給付内容を有していることから、通常の金銭支払請求権とは異なった様々な問題を投げかけている。⁽⁵¹⁾

この免責請求権における「免責」概念については、各種文献や判例の中では「Befreiung」, 「Freistellung」または「Freihaltung」と3種類の用語が使用されている。ただし、これら3種類の用語はすべて同じ内容として使用されているので、特にこれらの用語を区別して理解する必要はない。なお、民法上の規定としては、BGB 257条【免責請求権】1文、738条【脱退の場合の清算】1項2文、775条【免責に関する保証人の請求権】2項、821条【不当利得の抗弁権】において「Befreiung」という用語が使用されている。そのため、「免責」について同じ内容の概念を統一的に使用する場合には、⁽⁵²⁾「Befreiung」を優先させるべきとされる。

(48) BGH, NJW 1970, 1594 (1595).

(49) Görmer, 7.

(50) ただし免責債務者と第三債権者が同一人、すなわち二当事者関係の場面もありうると指摘されるが、これはあくまで例外的場面とされる (Wilhelm, 353.)。本稿では三当事者関係を念頭に置いて検討をすすめる。

(51) Görmer, 7.

(52) Wilhelm, 353.

b 法的性質

免責請求は、免責債務者に対する金銭の支払いを対象とするのではない⁽⁵³⁾と一般に理解されており、免責債務者が免責債権者を第三債務から免責させるという代替的作為（die Vornahme einer vertretbaren Handlung）である⁽⁵⁴⁾とされる。このように、免責は、通常、金銭の支払いに向けられているのではないことから、法的な性質は最も高度に人間的な個別的請求権ないし原状回復請求権（ein höchstpersönlicher Individual- bzw. Naturalherstellungsanspruch）であると一般に説明されている⁽⁵⁵⁾。

他方で、免責債務者は免責債権者が債務から免責されているという一定の状態の修復（Herstellung）、すなわち元の財産状態の修復について義務を負うのであり、免責請求権は修復を請求する権利であって、そのために必要な金額の補償的な支払請求権ではないと説明する見解がある⁽⁵⁶⁾。これによれば、費用償還の場面では原則的には金銭賠償が妥当するところ、債務にともなう費用負担の事例においては費用償還請求権は免責請求権（BGB 257条【免責請求権】）によって原状回復（Naturalrestitution）にまで拡大されていると説明されている。ところで、修復請求権ととらえた場合の修復内容とは、免責債権者が債務から解放されていたかつての状態であり、債務にともなった費用負担が存在しない状態の修復であるとされる⁽⁵⁷⁾。そうであるならば、費用償還権利者が債務を全く引き受けていなかった場合に

(53) BGHZ 25, 1 (7); BGH NJW 1989, 1920 (1922); Bischoff, 237; Gerhardt, S. 9f.; Görmer, 8; Muthorst, 214; Wilhelm, 353; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd.1, Teilband 1, 8. Aufl. 1955, § 13 III 2.

(54) Bischoff, 237.

(55) Gerhardt, S. 9f.; Görmer, 8; Wilhelm, 353.

(56) Muthorst, 214f.

(57) Muthorst, 216.

は、そもそも免責債務者はその者を免責することはできない。この意味で、免責債権者を第三債務から免責させる義務は第三債務に附従的であるといえ、発生、範囲および内容の点で第三債務に従属的であると説明される。⁽⁵⁸⁾

以上に対して、かつては免責請求権を特殊な支払請求権と把握する見解⁽⁵⁹⁾があった。つまり、免責方法として実際に有効なのは第三債権者の協力を要しない第三債権者への給付であることから、免責請求権は債権の保有者が自己にではなく第三者に支払いを求める請求権であると説明する見解である。しかし、現在のところ一般には受け入れられていないといえる。

c 機能

免責請求権が免責債権者にとって有利なのは、第三債務を自己の債務として自身で弁済し、その後に金銭の償還を要求するという、自身の負担する債務から免責されることにありとされる。⁽⁶⁰⁾つまり、免責債権者は、免責請求権を行使することによって、自己の財産を自由に使用することができるようになり、かつ第三債務の弁済に自己の財産を費やさなくてもよくなる、ということである。このように免責請求権には免責債権者に自己財産の自由な処分を復活させるという機能が認められる。また、免責債務者は免責債権者を第三債務からすべからく免責させなければならないことから、金銭の引渡しに関わる給付危険（BGB 270条【支払場所】1項）が免責債権者ではなく免責債務者に負わされるという指摘がある。⁽⁶¹⁾つまり、金銭債務から免責されることによって、免責債権者は第三者への金銭の引渡しに関する給付の危険性、費用および労力、その他に BGB 270条【支払場所】

(58) Muthorst, 216.

(59) Trinkl, NJW 1968, 1077f. 後の4(4)「相殺」の項目を参照。

(60) Görmer, 8.

(61) Wilhelm, 353; Görmer, 8.

1 項に基づいて負担するであろう事柄を免れるということである。このように、第三債務に関する給付の危険が第三債務者としての免責債権者から他者としての免責債務者に移転されており、この点にも免責請求権の法的機能が認められよう。これらの機能を有することから、免責請求権は、多くの償還請求権 (Regressanspruch) の前に置かれており、とりわけ民法典 (BGB) および保険法 (VVG) において重要な役割を担っていると指摘される。⁽⁶²⁾

(2) 権利の内容

a 免責

免責債権者は基本的には自身への支払いも、第三債権者への支払いも免責債務者に請求することはできない。⁽⁶³⁾ たしかに免責債務者としては、通常のケースでは、第三債権者に支払うことで請求権を満たすであろう。しかし免責債務者が金銭の支払いではなく、相殺契約の締結や債務引受といったように、いかなる他の免責方法を選択しようとも、基本的にはその免責債務者の自由である。⁽⁶⁴⁾ これと同じ理由から、第三債権者も免責債務者に支払いを請求することはできない。第三債権者は、自身の立場では、債務者すなわち免責債権者に弁済を働きかけることができるだけである。

それでは、免責債務者の自由に任される免責の方法とは、いかなるものであろうか。まずは免責債務者による第三債権者への給付 (BGB 267条【第三者による給付】) による免責が一般的とされる。その他、免責的債務引受 (BGB 414条【債権者と引受人との契約】以下)、債権者との相殺契約、供託合意または免除契約、債権者が履行に代えて受け入れるその他

(62) Görmer, 8.

(63) Gerhardt, S. 126; Bischoff, 237f.

(64) Bischoff, 240; Görmer, 8.

の給付（BGB 364条【代物弁済】）が挙げられる。なお、これらの方法の中で、債権者との免除契約については異論がある⁽⁶⁵⁾。それによれば、確定判決によ⁽⁶⁶⁾ると、第三者の利益を考慮して、債務法上の処分行為がこのような免除契約を除外していることから、免責債務者は免除の一方法として免除契約を採用することはできないという。ただし、債権者との間で免責債権者に対する不訴求の合意（pactum de non petendo）を取り付けることは可能とされる。

他方、免責債権者（賠償権利者）に前払金の支払請求権が認められるかどうかは、BGB 257条【免責請求権】の問題ではなく、費用償還請求権⁽⁶⁷⁾としての基礎となる法律関係によって判断されるべきものとされる。委任法理にとつては、前払金の支払請求はBGB 669条【費用前払義務】によって規律される。

b 担保提供

たとえばBGB 257条【免責請求権】2文によれば、引き受けられた第三債務がまだ履行期にない場合には、免責債務者は債務からの免責に代えて担保を提供することができる。同様の担保提供に関する規定は、BGB 738条【脱退の場合の清算】1項3文および775条【免責に関する保証人の請求権】2項にもみられる。

この担保は担保提供に関するBGB 232条【種類】以下の規定に従って提供されなければならない。担保提供の相手方は第三債権者ではなく、免責債権者（償還権利者）である。なお、担保を提供した後に第三債務が履行期に達したとすると、それからは免責請求権が発生し、費用償還義務は

(65) Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 7.

(66) BGH NJW 1994, 2483 (2484).

(67) MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 6.

免責によってのみ満たされることとなる。そこで当該担保提供は、最終的な意味での代用権（*endgültige Ersetzungsbefugnis*）ではなく、時間的に制限された代用権または任意選択権（*zeitlich beschränkte Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa)*）である。つまり、免責債権者からの請求に対する暫定的な防止策（*eine vorläufige Abwendung des Zugriffs*）にすぎないと説明される。⁽⁶⁸⁾

（３）仮定的債務（*Eventualverbindlichkeit*）からの免責

このような性質を有する一般免責請求権について、解釈論上の特殊な問題点が提示されている。もしも免責債権者が第三者に対して第三債務をまったく負担していなかったとすると、そもそも元の財産状態の修復は問題とならず、免責債務者は免責義務を負わされるいわれはないはずである。しかし、往々にして第三債務の存否自体に疑義がありうるところである。免責債務者が第三債務がまったく存在しないとの異議を有する場合に、免責債権者がその第三債務の存在を証明するまでは、免責債務者は免責義務に応じる必要はないのであろうか。場合によっては、免責債務者はこのような仮定的な債務からの免責義務に応じる必要があるのではないだろうか。この問題はこれまで意識的に論じられていなかったが、当該問題を肯定的に扱う BGH 判決が出されたことから、学説においても注目を集めつつある。⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾

これについて、仮定的債務からの免責とは、債務が存在する場合に備えた免責、つまり予備的免責（*Eventualbefreiung*）を意味するところ、免責請求に予備的免責が含まれるかどうかは、免責請求権の基礎に置かれた法

(68) Gerhardt, S. 17ff.; Wilhelm, 356; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 19.

(69) BGH JZ 2008, 362.

(70) Vgl. Karsten Schmidt, JuS 2008, 283; Muthorst, 240f.

律関係に応じて、第三債務の存在を免責債務者に陳述かつ立証すべき危険性が免責債権者に引き受けられているかどうかによって見解がある⁽⁷¹⁾。これによれば、免責請求権に予備的免責が含まれる場合には、免責債権者が第三債権者に対して防御するときに、第三債務を否認している免責債務者が訴訟リスクを負担するということを意味することになる。他方で、予備的免責を含むとしても、第三債権者との関係ではなく、あくまで免責債権者との内部関係で効力を有するだけなので、根拠のない請求権への防御は根拠のある請求権からの免責とは機能的に同等とはいえないとされる。予備的免責を認めることの意義は、あくまで第三債権の存否を未決定のままに留めうることにあるとされる⁽⁷²⁾。

4 要件・効果に関する問題点

(1) 履行期

法律で規定された免責請求権は、たとえ免責の対象となる第三債務の履行期が到来していなかったとしても、免責債権者が主たる義務を引き受けたときに即時に履行期に至ると解されている⁽⁷³⁾。つまり、BGB 257条【免責請求権】2文、738条【脱退の場合の清算】1項3文および775条【免責に関する保証人の請求権】2項によれば、免責債務者は第三債務の履行期よりも前に担保を供与する権利を有すると規定されていることからすると、防御対象としての免責請求権も第三債務の履行期前にすでに履行期にあるということを前提としていると考えられる。

この「即時の履行期」が他の免責請求権にも類推適用されるかどうかは

(71) Muthorst, 240f.

(72) Muthorst, 241.

(73) Görmer, 10; Wilhelm, 354f.; Bischoff, 241; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., 2010, § 257 Rdnr. 1.

問題があるとされる。たとえば BGH 判決⁽⁷⁴⁾によれば、契約上の免責請求権への類推適用は否定されている。その一方で、判例上、その他の法律上の免責請求権の場面については未解決のままである。この問題について、学説においては、先の三つの規定を根拠としてすべての免責請求権に通用する一般法理を導くことができると指摘する見解がある。⁽⁷⁵⁾これに反して、個別の場面ごとに履行期を決すべきものと主張する見解がある。⁽⁷⁶⁾後者によれば、免責請求権の基礎となる債務関係は場面ごとに特別の利益状況を示している可能性があるとする。たとえば、連帯債務者間の免責請求権（BGB 426条【清算義務、債権の移転（連帯債務者間の求償義務）】1項1文）は、第三債権者の債権がすでに履行期を迎えている場合には、連帯債務者間の特別な関係性をもとに当初の履行期が訪れるとされる。⁽⁷⁷⁾また、契約上の免責請求権の場合には、BGB 257条【免責請求権】2文を直接には適用せず、契約内容が解釈されなければならないとされる。この場合に、まずは当事者の合意内容が決定的であるが、それが不明な場合には、当事者の合理的意思が推定されなければならない。さらにその際に、免責債務者にとっての支払い可能な手段の確保という利益と免責債権者にとっての免責債務者無資力の危険を事前に防ぐという利益との相反性を考慮すべきである。⁽⁷⁸⁾しかし、これも不明瞭な場合には、BGB 271条【給付時期】1項⁽⁷⁹⁾によって免責請求権は即時に履行期にあると解すべきものとされる。

(74) BGHZ 91, 73 = NJW 1984, 2151 (2152f.).

(75) Gerhard, S. 21f., 30.

(76) Görmer, 10; Wilhelm, 354f.; Bischoff, 241; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 26.

(77) RGZ 79, 288 (290); BGH, NJW 1986, 978 (979); vgl. Görmer, 10.

(78) Wilhelm, 355.

(79) Wilhelm, 355; Bischoff, 241.

（２）債務不履行

免責債務者が第三債権者に対する第三債務から債権者を免責せず、その結果、第三債権者から請求された免責債権者が第三債権者に給付をなした場合には、免責債権者はBGB 280条【義務違反による損害賠償】・281条【給付がないこと、または給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償】または280条【義務違反による損害賠償】 2項・286条【債務者の遅滞】の要件のもとでのみ、つまり免責債権者が、期間確定（BGB 281条【給付がないこと、または給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償】 1項 1文）または催告（BGB 286条【債務者の遅滞】）によって第三債権者の請求を回避する機会を免責債務者に与えたうえで、それでも費やした費用の金額で損害賠償を免責債務者に請求できるとされる⁽⁸⁰⁾。この損害賠償請求に対して、免責債務者は免責債権者が第三債権者の債権を不当に満足させたという反論を持ち出すことはできない。これらBGB 280条【義務違反による損害賠償】、281条【給付がないこと、または給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償】、286条【債務者の遅滞】の要件が欠けている場合には、費用償還請求権または免責請求権は事務管理規定（BGB 683条【費用の償還】・667条【受任者の引渡義務】または684条【不当利得の返還】・812条【（不当利得）返還請求権】）に従って問題となるにすぎないとされる⁽⁸¹⁾。

（３）金銭債権への移行

前述のとおり、免責請求権は免責債務者が免責債権者を第三債務から免責させるという代替可能な作為を要求するものであって、免責債務者に対する金銭の支払いを対象とするわけではない。しかし、免責債権者が第三

(80) MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 12.

(81) MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 12.

債務を自ら履行する場合には、免責請求権は金銭の支払請求権へと変化すると一般に理解されている⁽⁸²⁾。ただし、金銭債権の法的性質についてはいくつかの見解がある。

まず、免責債務者による免責義務の遅滞によって生じる損害賠償請求権⁽⁸³⁾か、または費用償還請求権から結果的に生じるものとする見解がある。

さらに、免責債権者の弁済による金銭債権への変更に際して、第三債権者の債権が根拠付けられるか否かで区別されるべきと説明する見解がある⁽⁸⁴⁾。これによれば、第三債権が根拠付けられる場合には、免責債務者が免責債権者による弁済よりも前の適切な時に第三債権を回避するチャンスを有していたときは、免責債務者がそのチャン스에免責をしなかったのであるから、免責債権者は自身の負う第三債権を弁済する権利を有するとされる⁽⁸⁵⁾。この場合、弁済と同時に金銭償還請求権（Gelderstattungsanspruch）が生じる。なお、免責債務者が、第三債権者をして債権の全部または少なくとも一部分を免責債権者に追及しないという気持ちにさせることにつき、適切な時期において成功したであろうことを証明できる限りにおいて、免責債権者は損害賠償請求権を有せず、単に正当な事務管理または不当な事務管理に基づく費用償還請求権（BGB 683条【費用の償還】、667条【受任者の引渡義務】または684条【不当利得の返還】）、または不当利得返還請求権（BGB 812条【（不当利得）返還請求権】）を有するにすぎないとされる⁽⁸⁶⁾。これに対して、第三債権が根拠付けられていない場合には、基本的には免責債務者はそのような債権を取り除く義務を負わされない。ただし、契約

(82) Görmer, 9f.; Wilhelm, 353; Bischoff, 238.

(83) Wilhelm, 353.

(84) Görmer, 9f.

(85) Görmer, 9.

(86) Görmer, 9f.

などによって、そのような根拠付けられない債権を第三者との交渉によって免責債権者のために拒絶する義務を負うこともありうるとされる。このような場合には、免責債務者が事前に自身の回避義務に有責的に違反したときにのみ免責債権者はその第三債権を満足させてもよいことになる。つまり、免責債務者が自身の回避義務に有責的に違反し、そして免責債権者が第三債権者によって自称された債権を満足させてしまった場合であっても、それによって発生した（もとの）免責債権者の金銭請求権あるいは損害賠償請求権にとって、第三債権が実際に存在したかどうかはもはや重要ではないとされる⁽⁸⁷⁾。ただし、第三債権が根拠付けられなかった場合には、免責債権者の有する第三債権者への不当利得返還請求権（BGB 812条【（不当利得）返還請求権】1項1文）が免責債務者のもとへと譲渡されることになる（BGB 255条【代償請求権の譲渡】類推），とされる。

他方で、免責債権者が第三債権者に支払ったときに支払請求権が成立するという結論については上記見解と同様であるが、免責請求権が支払請求権へと「転換」という効果を導くのではなく、まさに BGB 257条【免責請求権】が前提とする本来の費用償還請求権から支払請求権が「創設」されると説明する見解がある⁽⁸⁸⁾。その理由は、請求権の内容はその都度の危険および現在の状態に適応すべきであるところ、当該場面では費用はもはや債務を引き受けた点には存在しておらず、免責債権者がその債務を支払ったという点に存在するからとされる⁽⁸⁹⁾。

以上に対して、免責債権者による債務の弁済がないか、あるいは弁済するより前には、免責請求権は基本的には金銭債権には移行しえない。すなわち、免責債権者の積極的財産に損失が生じない限り、免責請求権が支払

(87) Görner, 10.

(88) MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 5; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 8.

(89) Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 8.

請求権へと変更されることはない⁽⁹⁰⁾とされる。ただし、特別の契約上の合意、法律上の規定（BGB 250条【期間指定に基づく金銭賠償】第2文参照）または破産手続きに基づいてのみ、例外的に免責請求権は免責債権者による⁽⁹¹⁾弁済よりも前に支払請求権へと変更されうる。たとえば、通説的見解に従えば、免責債権者の財産に関する破産手続きが開始された場合に、免責請求権は支払請求権へと変更されることになる。たしかに免責債務者が支払い以外の方法で免責を実現させる選択の可能性を喪失させることにはなるが、すべての破産債権者を同等に扱うためには、例外的に免責請求権の支払請求権への変更が正当化されるべきであるとされる⁽⁹²⁾。

ところで、初期の判例⁽⁹³⁾は、例外的に、第三債権者による請求が確実に予想されうる場合には、免責債権者が自身への支払いを請求することを認めたものがあつた。しかし、その後の判例⁽⁹⁴⁾は、保証人は主債務者に担保を提供しなければならないと要件を厳格化した。そして今では、BGHはこの⁽⁹⁵⁾ような場合でも、免責請求権を支払請求権とはもはや扱っていない⁽⁹⁶⁾。

（４）相殺

免責債務者が免責債権者に対して支払請求権を有する場合に、免責債権者はこの免責債務者に対して負う支払債務について自身の有する免責請求権をもって相殺に供することが可能であろうか。

(90) Görmer, 10.

(91) Gerhardt, S. 110; Bischoff, 247; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 15; MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 10.

(92) Görmer, 10.

(93) RGZ 78, 26 (34).

(94) RGZ 143, 192 (194).

(95) BGH, NJW 1999, 1182.

(96) Bischoff, 238.

この問題については、ドイツの支配的な見解によれば、⁽⁹⁷⁾ 両請求権に同質性（BGB 387条【相殺の要件】）が欠けていることから、相殺は可能ではないとされる。つまり、免責請求権の対象は免責債務者に免責させるという代替的作為であり、金銭の支払いには向けられていないので、支払請求権とは債権の性質が異なっているということである。なお、免責債権者が第三債権者に自身で履行し、それによって免責請求権が支払請求権へと変更されるならば、両請求権の同質性の要件が満たされるため、相殺が認められることとなる。⁽⁹⁸⁾

これに対して、相殺を認めようとする少数の見解も存在する。⁽⁹⁹⁾ この見解は、この場合に相殺を否定すれば、免責債権者がまずは免責債務者に対する支払債務を履行したにもかかわらず、免責債務者が支払能力に欠けるに至ったとすると免責請求権をもはや履行させられなくなるが、このような結論は実質的に不当であると考えている。これに加えて、先に法的性質のところでもふれたように、経済的な視点からすると免責請求権を特別の支払請求権と評価できるとして、両請求権に同質性を認めることが可能であるとする。つまり、支払い以外の免責債務者による免責方法は単に理論上の可能性があるにすぎず、実際には第三債権者または第四の者の承諾に左右されるという特性がある。そのため、免責債務者がそのような承諾を得ることができず、結局は免責債務者が第三債権者に支払いをなすことが通例である。したがって、経済的にみれば免責請求権の内容は支払請求とみなしうる、という主張である。

以上の肯定説に対しては、通説である相殺否定説から次のような反論が

(97) Gerhardt, 72ff.; Schmidt, 819; Bischoff, 244f.; Görmer, 11; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 17.

(98) Bischoff, 245.

(99) Scheuerle, JZ 1958, 27; Trinkl, 1077f.

出されている。⁽¹⁰⁰⁾肯定説が指摘するように、支払い以外の免責方法が第三債権者または第四の者の承諾を前提としており、その結果、しばしば第三債権者への支払いという方法のみが残されることが事実であるとしても、そのような承諾を得る可能性がまったく存在していないわけではない。実際に判例の中にも免除契約についての先例が認められる。⁽¹⁰¹⁾そのため、免責方法として第三債権者に支払いがなされる場合が多いということをもって、免責請求権の特別の法的性質を変更することはできず、免責請求権を支払請求権とみなすことはできない、というものである。また、免責債務者が無資力に陥る危険性に対しては、免責債権者が第三債権者に対して債務を自分自身で履行し、免責請求権を支払請求権に変えることで反対債権との相殺の可能性が認められるので、免責債権者には免責債務者無資力の危険を回避する手段が存在しているとも指摘されている。⁽¹⁰²⁾

他方で、免責債務者が免責債務を履行する目的で第三債権者に対する自身の債権をもって相殺に供することも、相殺にとって必要な債権の対立性が欠けていることから、一般的に認められない。⁽¹⁰³⁾ただし、免責債務者と債権者間の相殺契約は可能とされる。⁽¹⁰⁴⁾なぜなら、判例は契約上の合意による相殺の事例において対立性の要件を不要と判示しているからである。このような契約によれば、免責債務者の有する第三債権者への債権は債権者の有する免責債権者への債権に対して相殺がなされうることになる。

ところで、上述のように、免責請求権と支払請求権とを相殺するという意思表示が無効とされとしても、このような無効の意思表示は、次で説

(100) Bischoff, 244f.; Görner, 11.

(101) RGZ 102, 52.

(102) Bischoff, 245.

(103) Bischoff, 245.

(104) Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 9. BGHZ 94, 132 (135).

明する留置権の行使へと解釈を変えうると指摘されている。⁽¹⁰⁵⁾

(5) 留置権 (Zurückbehaltungsrecht)

免責債権者の免責請求権に対して、免責債務者が免責債権者に対して反対の支払債権を有している場合において、二つの請求権が同一の法律関係から生じるときには、免責債権者に少なくとも留置権 (BGB 273条【留置権】、320条【同時履行の抗弁権】) が認められる。⁽¹⁰⁶⁾ そのため、免責債務者による自己の請求権の支払いの訴えに対して、免責債権者は免責請求権をもって対抗することができる。このことは、執行の場面で免責債権者にとって特に有利に働くとされる。それというのも、免責債務者は第三債権者への履行などによってまずは免責を生じさせなければならず、これを行った場合にはじめて免責債権者に対して強制執行を行うことができるからである。

(6) 債権譲渡

免責請求権者が免責請求権を無関係な第三者または第三債権者に譲渡することが可能であるか否かが争われている。この問題について、免責請求権は本来は免責債権者に対してのみ履行可能な高度に人的な請求権であるにもかかわらず、もしこのような免責請求権が第三者または第三債権者に譲渡可能であれば、譲受人から免責債務者への支払請求権に変更されることになる⁽¹⁰⁷⁾と指摘される。このことは BGB 399条【内容変更または合意による譲渡禁止】による内容変更による譲渡禁止に抵触することから、基本

(105) Görmer, 11; Hans Helmut Bischoff, ZIP 1984, 1446.

(106) Bischoff, 245f.

(107) Vgl. Görmer, 11f.; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 11; MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 8.

的には免責請求権の譲渡は禁止されるべきものとする。ただし、第三債権者への譲渡に限っては、当事者の利益考量によって例外的に認められるべきものとする見解が判例・通説とされる。⁽¹⁰⁸⁾つまり、利害関係を有する第三債権者が免責債権者を介してしか免責債務者に働きかけられないということは迂遠であるので、第三債権者には債権譲渡の手法で自己の請求権の満足を達成するという固有の利益があることを認めるべき、ということである。

これに対して、第三者への譲渡はもちろんのこと、第三債権者に対する譲渡であっても認めるべきではないと主張する少数説が存在する。⁽¹⁰⁹⁾これによれば、譲渡対象を第三債権者に限ったとしても、もし債権譲渡を認める説に立つならば、結局は効果の点で免責請求権を第三者からの支払請求権として扱うに等しいことになり、それゆえに免責請求権を本来の性質とは異なるものとみなすことになる。しかし、もともと免責債権者は免責債務者に第三債権者への支払いを請求できないのであるから、債権譲渡に基づいて免責債務者に第三債権者への支払いを義務付けることもまた正当化されるべきではないと主張する。そして、たしかに免責請求権はある種の「迂回」または超過支出を必要とするかもしれないが、これは免責請求権という法制度の特殊性に応じるものであって、さらに物的および利益的に正当で、かつ必要であり、そして立法者によって甘受すべきことが認められていることであるという。

(108) RGZ 140, 373(378); BGHZ 12, 136(141); BGH, NJW 1993, 2232(2233). Bischoff, 246; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 11; MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 8.

(109) Görner, 11f.

（７）消滅時効

消滅時効については、免責請求権のよって立つ法律関係に応じて決せられるべきとされる⁽¹¹⁰⁾。そこで、その都度基礎に置かれる債務関係によって特別の消滅時効期間が規定されていればそれにより、そのような特別の規定がなければ、BGB 195条【通常の消滅時効期間】による通常の３年間の時効期間で消滅する。たとえば、前者の特別の消滅時効期間が問題となる場面は、BGB 197条【30年の消滅時効期間】、198条【権利承継における消滅時効】、438条【瑕疵担保請求権の時効】、634a条【瑕疵担保請求権の時効】などである。他方で、後者のように通常の消滅時効期間が問題となる場面は、BGB 670条【費用償還】の費用償還との関係で BGB 257条【免責請求権】によって生じる免責請求権、または BGB 426条【清算義務、債権の移転（連帯債務者間の求償義務）】による連帯債務者間の清算義務によって生じる免責請求権の場合などである。

なお、時効の起算点については、通常は、履行期に適合するとされる⁽¹¹¹⁾。ただし、免責請求権が免責債権者による第三債権の支払いによって支払請求権へと変化する場合には、変化した請求権の消滅時効は支払いの時点で進行を開始するとされる⁽¹¹²⁾。

5 手続法上の問題点

（１）訴えの種類

免責債権者が免責を請求する場合に、どのような訴えの種類が認められるべきであろうか。たとえば先述のように、扶養請求権からの免責の場合には、その免責の対象となる第三債務（扶養請求権）が月ごとに履行期を

(110) Görmer, 12; Bischoff, 242.

(111) Görmer, 12.

(112) Bischoff, 242.

迎えることから、将来に繰り返される給付は訴え提起の時点ではまだ履行期を迎えていないことになる。このような将来に繰り返される給付は、将来的な扶養の金額が子の年齢、扶養の必要性および扶養義務者の所得状況によって左右されうることから、事後的な金額の一部は事前に見積もることが困難である。そのため、免責についての確認の訴え、または給付の訴えが適切な訴えの種類とどういうのか、ないしは債権者が両方の訴えの種類を組み合わせるべきなのであろうか。

債務からの免責は免責債務者の給付を意味していることから、基本的には給付の訴えの方法で訴えが提起されるべきものとされる⁽¹¹³⁾。これは、免責債権者によって引き受けられた債務の金額が正確に算定されうる場合には、当該債務からの免責に関する給付の訴えは問題なく適法であるとされる⁽¹¹⁴⁾。

これに対して、上述の扶養の例のように債務の範囲がなお具体化されていない場合には、認められるべき訴えの種類については問題が生じる。この場合、BGHはこれまで、確定性に欠ける給付の訴えを許容されないものと判断しており、免責債権者にもつばら免責の訴えを指示してきた。この判例と同旨の見解があり⁽¹¹⁵⁾、給付の訴えは、請求権の確定可能な判決および被告への給付命令を目的としているところ、この目的は判決主文が執行可能でない場合には達成されえないとされる。そこで、調達されるべき給付がなおも具体化可能な状態にない場合には、判決は強制力を働かせられない。そのため、免責債権者はこの場合には確認の訴えを必要とするとされる。たしかに確認判決は強制可能ではないので、強制できないという不満足な結果を導いてしまうけれども、債務の範囲がなおも全体的に予測可

(113) Bischoff, 240.

(114) Bischoff, 240.

(115) BGH, NJW 1980, 1450.

(116) Wilhelm, 355.

能でない場合には、この時点ですでに給付の訴えを提起するだけの根拠は、——免責債務者のもとでの資産消滅の可能性を除いては——存在しないとされる。さらにこの見解によれば、一般的には、免責請求権の主張の際に給付の一部分はすでに算定可能である一方で、他の部分は未確定であるとされる。このような場合に、債権者は統一的に確認の訴えを提起することができるのだが、しかしまた給付の申立てと確認の申立てとをお互いに組み合わせることもできるとされる。⁽¹¹⁷⁾これによって、少なくとも債権の一部分については執行可能な部分とすることができるようになる。

以上の見解に対して、第三債務の履行期に依拠することなく、単に免責請求権自体の履行期を問題としてもよいとする見解がある。⁽¹¹⁸⁾その理由は、免責債務者が履行期前に担保を提供することで免責請求権を履行する可能性を有していることからすると、免責債務者はこの段階ですでに給付の訴えの方法で判決を求められうるからとされる。さらにこれに賛同する見解がある。⁽¹¹⁹⁾支払いを求める訴えとは異なって、債務からの免責を求める訴えは特定された金銭の支払いには向けられず、免責に向けられているところ、この免責がどのように実現されるべきなのかは免責債務者に一任されたままである。その結果、履行期前に担保を給付する可能性もまた免責債務者に開かれていることから、その時にはまた給付の訴えが許可されなければならないという。

（２）請求の趣旨申立て

主張されるべき請求権は請求の趣旨申立てにおいて内容および範囲が具体的に示されなければならない（ZPO 253条【訴状】２項２号）。それと

(117) Wilhelm, 355.

(118) Rimmelspacher, 89; H. H. Bischoff, 1448f.

(119) Bischoff, 240f.

いうのも、裁判所は申立てに拘束され（ZPO 308条【当事者の申立てへの拘束】）、そして判決内容が執行の基礎を形成するからである。これに関して、請求の趣旨申立てにおいて、第三債権者、債務の金額ならびに名称（Bezeichnung）が申し立てられる必要があるとされる⁽¹²¹⁾。そのため、「その当時に存在した債務残額に見合う額での債務からの免責」を求める判決の申立ては明確性を欠いているために不適切である⁽¹²²⁾。同じく、「扶養義務からの免責」に関する申立ても不明確にすぎるとされる。また、免責債務者は免責方法を選ぶことが認められるので、請求趣旨申立ては免責のみを内容としてもよいが、しかし支払いを内容としてはならないとされる⁽¹²³⁾。そして被告の受ける判決は、「利息を含めて……DM の額で……（債権者）に対する……（債務）から原告を免責すべき」という判決か、または「原告の選択に従って利息を含めて……DM の額で担保を提供すべき」という判決である⁽¹²⁴⁾とされる。

他方で、先述した担保提供に関連する問題がある。すなわち、第三債務がまだ履行期を迎えていない場合には、免責請求は一部請求棄却となってしまう可能性があるところ、免責債権者はそうならないためにも請求趣旨申立ての中に担保提供の留保を取り入れておくべきかが論じられている。この問題に関連して、免責債務者が口頭弁論終結前に担保を提供する場合⁽¹²⁵⁾には、免責の訴えは棄却されなければならないという見解がある。他方で、担保提供の権利は当該申立てに応じて債務者に認められるべきとする見解⁽¹²⁶⁾がある。これに対して、請求の一部棄却の危険を免れるために請求趣旨申

(120) Wilhelm, 355.

(121) Bischoff, 240.

(122) Wilhelm, 355.

(123) Wilhelm, 356.

(124) Wilhelm, 356.

(125) Rimmelspacher, 89.

立ての中に回避のための権限を取り入れることを提唱する見解がある。⁽¹²⁷⁾

ところで、免責債務者が訴訟中に裁判で主張された金額を供託した場合
には、免責債権者は本案において訴訟の終結を宣言しなければならないと
する見解がある。⁽¹²⁸⁾ただし、担保の供託によって権利者は供託された金銭ま
たは有価物への質権（BGB 233条【供託の効果】）を獲得するにすぎず、
本来の債務は存続している。そうであるならば、そのなおも消滅していな
い第三債務からの免責請求権も同じく存続していることになる。そのため、
担保を給付したからといって終局の結果は生じないとされる。⁽¹²⁹⁾

（３）免責判決の執行

債務からの免責は、免責債務者以外の他者からも行われうることから、
代替的作為を意味するとされる。それゆえ、強制執行の枠内では基本的に
ZPO 887条【代替的作為】に従って行われるべきという点で見解は一致し
ている。⁽¹³⁰⁾他方で、免責に代えて金銭の支払いが請求されうる場合には、
ZPO 887条【代替的作為】に従って、または単なる例外として ZPO 803条
【差押え】に従って、強制執行が行われるという点で見解は一致している。⁽¹³¹⁾
ただし、第三債務がすでに履行期にあるか否かによって、執行は異なった
形態を採るとされる。

第三債務が履行期にある場合には、原告である免責債権者は、ZPO 887

(126) H. H. Bischoff, 1448.

(127) Görmer, Die Durchsetzung von Befreiungsansprüchen im zivilpro-
zessualen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, 1992, S. 30ff., 114;
Wilhelm, 356.

(128) H. H. Bischoff, 1448.

(129) Wilhelm, 356.

(130) Trinkl, 1077; Wilhelm, 356.

(131) Rimmelspacher, 89f.; H. H. Bischoff, 1446; Wilhelm, 356.

条【代替的作為】1項に従って、債務者の費用で第三者をして免責に取り組ませる権限を裁判所から与えられうる。また、ZPO 887条【代替的作為】2項に従って、当該免責行為に取り組むことによって生じるであろう費用の前払いを債務者に命じるように申し立てる権限を裁判所から与えられうる。ただし、この場合において、免責方法の選択が免責債務者に基本的に委ねられているということを背景として、申立ての具体性に問題が生じるという指摘もある。この問題につき、債権者に執行可能性に関する決定権限を与えるべきとする見解がある⁽¹³²⁾。それというのも、債務者は名義公示後において、さらには決定公示後でさえも、ZPO 887条【代替的作為】1項に従って、免責債務を自身で履行する可能性を有していたのであって、そのため、履行方法の選択に向けての債務者の利益は十分に保護されているからである。なお、ZPO 887条【代替的作為】2項による申立ては次のような内容になると指摘される⁽¹³³⁾。まず一つ目は、「債権者（1）は、子ども（3）の扶養請求権から債権者（1）を免責するという、債務者に負わされた債務につき、債務者（2）の費用……で、債務者が扶養を自分で支払うか、または第三者をして支払わせる方法で取り組ませる権限を与えられている」というものである。次に二つ目は、「債務者（2）は、債権者（1）に対してこの場合におそらく発生するであろう費用を……DMの額で債権者（1）に向けて前払いしなければならない」というものである。

他方で、第三債務がまだ履行期にない場合には、複雑な問題が生じるとされる⁽¹³⁴⁾。それというのも、第三債権者は自分が免責債権者に対して有する請求権の履行期前に支払いを受領すべき必要性はないし、また、たとえば利息付きの請求権の場合には特に履行期前に支払いの受領を強制されるい

(132) Rimmelspacher, 187; Wilhelm, 356.

(133) Wilhelm, 356f.

(134) Wilhelm, 357.

わけではないからである。そこでこの場合には、免責債権者は第三債権者の協力に頼らざるをえず、債務の免責が行われるような、たとえば免除契約、履行引受契約、免責的債務引受といった合意、さらには第三債権者と「債務期限延長の合意」を取り付ける権限が与えられるような合意を第三者との間で取決めなければならないとされる。そして、申立て提起の際には、第三債権者の同意が証明されなければならないとされる⁽¹³⁵⁾。ところで、第三債権者が同意を拒む場合には、免責債権者は執行のためにどのように行動すべきかが問題とされる。これにつき、免責債権者はそのままでは無担保となってしまうため、選択債務が執行されうるかのように、BGB 257条【免責請求権】2文の文言を越えて免責債権者に担保給付を請求する権利を認めるべきとする見解がある⁽¹³⁶⁾。また、履行を請求する権利や担保を請求する権利が内容に含まれ、そして債務名義によって包括される担保給付の権利が債権者に認められるという見解がある⁽¹³⁷⁾。これに対して、履行不能な第三債務の免責の名義は、第三債権者が同意しない場合にはもはや執行の可能性がないという見解がある⁽¹³⁸⁾。この見解によれば、債権者を無担保の状態に置くことにはなるが、ZPO 893条【利益の給付に関する訴え（損害賠償請求訴訟）】、BGB 283条【給付義務が排除された場合における給付に代わる損害賠償】による損害賠償請求権を参照するように指示される。これにより、債権者は債務者に対して請求権の不履行に基づいて損害賠償を主張することができることとなる。

(135) Wilhelm, 357.

(136) Wilhelm, 357; Soergel/Wolf, § 257 Rdnr. 14.

(137) Rimmelspacher, 185f.

(138) Görmer, 1992, S. 164.

第3章 ドイツ法のまとめと日本法への示唆

本章では、第2章で詳しく紹介したドイツの一般免責請求権論について、まずは議論の要点をまとめておきたい。その際に、項目ごとに小括を置いて、これまでの議論の到達点を示したい。そのうえで、このようなドイツの議論から得られる日本法への示唆について考察する。すなわち、日本においても免責請求権の導入の余地があるのか、冒頭で提示した三つの視点に基づいて、それぞれの課題についての考察を行いたい。

1 ドイツ法のまとめ

(1) 適用場面

第2章で紹介したとおり、ドイツでは免責請求権の成立する場面が数多く挙げられている。以下では、基本的な適用場面間の関係性を念頭に置きつつ、各種免責請求権の成立場面を整理しておきたい。すなわち、免責請求権の淵源に近い費用償還の場面をまとめたうえで、その他に明文規定の存在する受託保証の場面、組合からの脱退の場面、そして保険契約の場面をみて行く。さらに解釈によって認められる損害賠償の場面と連帯債務の場面をみた後、最後に当事者間の合意による場面をまとめたい。

a 費用償還の場面（BGB 257条）

まず債務法総論においては、費用償還が問題となる一般的な場面を適用範囲として、BGB 257条【免責請求権】が免責請求権を明文で規定する。この規定は、歴史的には委任法理に由来するものであり、立法過程の第一草案では委任の項目で規定されていたが、第二草案以降になって現在の債務法総論の場所に規定されることとなった。⁽¹³⁹⁾ こうして、委任による費用償還の場面だけでなく、何らかの原因による費用償還に関連して義務が引き

受けられた場面を包括的に予定した一般的な免責請求権が規定されたとされる⁽¹⁴⁰⁾。そのため、免責請求権が問題とされた裁判例の中で当該場面に属するものも多くみられる。第2章で紹介したとおり、明確な委任契約の存在する典型事例はもとより、委託購入取引の事例、好意による手形引受の事例、請負人の瑕疵除去の事例、物上保証の事例、売主が運送費用を引き受けた事例、旅行社が予約客のために第三者への義務を引き受けた事例、和解管理人が和解提案に付随して義務を引き受けた事例など幅広く適用事例が挙げられている。

b 他に免責請求権が明文で定められている場面

次に、免責請求権が他に明文で認められている場面について、まずは組合に関する738条【脱退の場合の清算】1項2文、受託保証に関する775条【免責に関する保証人の請求権】1項をみてみたい。これらの規定が免責請求権に関する特別の内容を有していることから、これらが適用可能な場合には、先の免責に関する一般規定であるBGB 257条【免責請求権】⁽¹⁴¹⁾は適用されない。このような免責に関する特別規定と一般規定という規定関係の捉え方からしても、一般免責請求権という共通枠組み構築の基礎がみて取れる。なお、受託保証の場面は委任法理に由来する一般免責請求権が保証の特別事情から修正された場面であると指摘する見解がある。その⁽¹⁴²⁾一方で、この見解によれば、組合からの脱退の際に免責請求を規定するBGB 738条【脱退の場合の清算】の場面は、委任法理の範疇ではないとも⁽¹⁴³⁾指摘されており、単に一般免責請求権に対する特別な場面と捉えるべきこ

(139) Prot. VI, S. 152f. Vgl. Piekenbrock, NZI 2007, 384.

(140) Bischoff, 238.

(141) Bischoff, 238.

(142) Piekenbrock, 384; MünchKomm/Habersack, 5. Aufl. 2009, Rdn. 1.

とになろう。

さらに民法外の保険契約法の場面でも、免責請求権が明文上で認められる。すなわち、賠償責任保険の保険者は、保険期間中に生じた事実に基づいて保険契約者の責任を理由として第三者が保険契約者に請求をなす場合には、VVG 100条【保険者の給付】によって、その請求権から保険契約者を免責する義務を負うとされる。この場合にも、免責請求権者である保険契約者と免責義務者である保険者の間で費用償還が問題となっているわけではなく、BGB 257条【免責請求権】の免責請求権の規律とは異なって、責任保険の主たる給付義務の一内容として免責請求が認められることとなる⁽¹⁴⁴⁾。このように、免責請求権がもとは委任法理に由来するとしても、現在の枠組みはさらに広範な射程を持つものといえよう。

c 免責請求権が明文で規定されていない場面

以上のことは、民法に明文の免責規定を持たない場面を検討するとなお一層明らかとなる。たとえば、損害賠償の場面および連帯債務の場面は、BGB 257条【免責請求権】による免責請求権の規律を排除した場面であると指摘される⁽¹⁴⁵⁾。まず、契約ないし法律上の義務違反による損害賠償の場面では、その効果としての原状回復義務（BGB 249条【損害賠償の種類と範囲】1項）の一内容として免責請求が認められると理解されている。具体的には、先にみたとおり、医療上の処置ミスのために望まない子が生まれた場合に、その子に対する扶養義務は損害でもあり、責任を負うべき医者はその扶養義務から両親を免責させるべき義務を負うとされる。つまり、扶養義務の負担がすでに消極的な意味での損害といいうることから、

(143) Piekenbrock, 384.

(144) Piekenbrock, 384.

(145) Bischoff, 238.

BGB 249条【損害賠償の種類と範囲】1項の範囲内で、損害賠償の手段における原状回復として債務からの免責が請求されうるとされる。このように免責請求の根拠は、先の費用償還の場面から離れて、損害賠償の効果としての原状回復に求められる。他方で、連帯債務の場面でも、連帯債務における特殊の根拠（BGB 426条【清算義務、債権の移転（連帯債務者間の求償義務）】1項1文）から免責請求権が生じるとされる。すなわち、連帯債務者は、債権者を満足させるよりも前にすでに、BGB 426条【清算義務、債権の移転（連帯債務者間の求償義務）】1項1文による共同債務者間の協力義務の一内容として、共同債務者がその内部関係において負担すべき債務の部分から自分を免責するように請求する権利を有するとされる。なお、この連帯債務者間の免責請求権においては、連帯債務者の一人が内部関係において給付義務を全く負っていないことが要件とされる。⁽¹⁴⁶⁾

以上のようにみてくると、委任法理に由来する費用償還の場面から生じる免責請求権の類型と、これとは別に各事案の特殊性から生じる免責請求権の類型とが存在することが分かる。

d 契約によって免責請求権が生じる場面

最後に、契約によって免責請求権が生じる場合が挙げられる。たとえば、離婚に付随する合意の中で、夫婦の一方が自分達の子への扶養義務から相手方を免責する義務を負担することがある。この場合に、免責義務という内容は契約による債務関係から生じるものであり、BGB 257条【免責請求権】⁽¹⁴⁷⁾に基づく必要はないとされる。そして、免責に関する契約の内容は個別合意として基本的には当事者の任意に委ねられる。

(146) Bischoff, 249.

(147) Wilhelm, 353.

e 小括

以上からすると、ドイツにおける各種の免責請求権は、契約または法規
定によって生じるだけでなく、解釈によっても生じうることがわかる。と
りわけ、元来は委任法理に由来する費用償還に関する免責請求権（BGB
257条【免責請求権】）が、委任法理を越えて広範な射程を有する一般規
定として理解されている。そのみならず、損害賠償の効果としての原状
回復義務の場面が解釈によって加えられたことで、免責請求に関する一般
枠組みは、かつての委任法理から一層離れて、より広範かつ抽象化された
射程を持つものとなっているといえる。

それでは次に、このような一般免責請求権の判断枠組みについて具体的
に検討して行きたい。

(2) 意義・法的性質・機能

a 意義ないし法的性質

第2章でみたとおり、免責請求権とは、債務者（＝免責債権者）が債権
者（＝第三債権者）に対して債務（＝第三債務）を負っている場合におい
て、その債務者が当該債務からの免責を債権者ではなく他者（＝免責債務
者）に対して請求できる権利とされる。そのため、免責請求権は三者関係
において問題となる。とりわけ特徴的なのは、この免責請求が、免責債務
者に対する金銭の支払いを対象とするのではなく、免責債務者が免責債権
者を第三債務から免責させるという代替的作為を目的とするところにある。⁽¹⁴⁸⁾
このように免責請求権は、「債務からの免責を第三者に求める」という特
殊性および独自性のある給付内容を有していることから、通常金銭支払
請求権とは異なった様々な問題を投げかけることになる。

(148) Bischoff, 237.

まず、免責請求権の請求内容に着目するならば、免責債務者は「免責債権者が第三債務から免責されている」という一定の状態の修復、つまり「債務にともなった費用負担が存在しない」という元の財産状態の修復について義務を負うとみうる。⁽¹⁴⁹⁾ただし、その元の財産状態の修復のために必要な金額の補償的な支払義務を負うものではないので、法的性質は最も高度に人間的な個別的請求権であるとか、修復または原状回復請求権であると一般に説明されている。⁽¹⁵⁰⁾これに加えて、免責債権者が第三債務を全く引き受けていなかったとすると、そもそも元の財産状態の修復ということ自体が問題とならず、免責債務者は免責義務を負わされることはない。この意味で、免責義務は第三債務に付従的であり、発生、範囲および内容の点で第三債務に従属的な性質を有する。⁽¹⁵¹⁾このような特殊な性質が、後にみる具体的な要件・効果に関する解釈論にも影響を与えることとなる。

b 法的機能

免責債権者は、本来ならば第三債務を自己の債務として自身で弁済し、かつその後に金銭の償還を要求する必要があるところ、免責請求権があることによって自身の負担する債務から免責される。⁽¹⁵²⁾つまり、免責請求権には免責債権者に第三債務にとらわれない自己財産の自由な処分を復活させるという機能が認められる。また、免責債権者が金銭の支払いに関する第三債務から免責されることによって、第三債務に関する給付危険を第三債務者としての免責債権者から他者としての免責債務者に移転するという法的機能が認められる。⁽¹⁵³⁾このような機能を有することから、免責請求権は、

(149) Muthorst, 214f.

(150) Gerhardt, S. 9f.; Görmer, 8; Wilhelm, 353; Muthorst, 214f.

(151) Muthorst, 216.

(152) Görmer, 8.

多くの償還請求権の前に置かれており、民法や保険法において重要な役割を担っていると指摘される⁽¹⁵⁴⁾。つまり、免責債権者が第三債権者への債務を自身で履行し、その後に免責債務者に金銭の償還を請求することが償還請求権であるところ、免責債権者が免責請求権を行使することによって、自己の財産を第三債務の弁済にあてることなく、また、第三債権者への履行前に給付の危険を免責債務者に転嫁できることになる。そのため、少し視点を変えれば、免責請求権は償還請求権を行使する前の段階で免責債権者を保護する機能を有するといえよう。

c 小括

以上のように、ドイツにおける免責請求権の一般的な意義ないし法的性質および機能は、現在のところ一定の共通認識が出来上がりつつあると評価できよう。とりわけ、委任法理の範疇を越えたものとして、免責請求権が修復または原状回復請求の性質を有すると一般に理解されている点が重要である。さらに、免責請求権には免責債権者に第三債務にとらわれない自己財産の自由な処分を復活させる機能、および第三債務に関する給付危険を免責債権者から免責債務者に転嫁する機能が指摘されていることが注目に値する。このような法的性質および法的機能が明らかとされたことによって、第三債務の弁済前に第三債務者としての免責債権者を保護するという免責請求権の実益の一端が改めて明確になったといえよう。

(3) 権利の内容

a 免責の基本的内容

免責債務者による免責方法について、まずは免責債務者による第三債権

(153) Wilhelm, 353.

(154) Görner, 8, 11f.

者への給付（BGB 267条【第三者による給付】），すなわち第三債務についての代弁済（第三者弁済）による免責が一般的とされる。これに加えて，債権者が履行に代えて受け入れる他の給付（BGB 364条【代物弁済】），すなわち代物弁済による免責方法も指摘されている。その他に，免責債務者による第三債務についての免責的債務引受（BGB 414条【債権者と引受人との契約】以下），免責債務者による第三債権者との供託の合意，または免責債務者による第三債権者との相殺契約による免責方法も一般的に指摘されている。最後に，第三債権者との間で第三債務について免除の合意を取り付けることによる免責方法も挙げられる。ただし，免除契約を免責方法としては採用できず，免責債権者に対する不訴求の合意を第三債権者との間で取り付けるべきと指摘する少数の見解がある⁽¹⁵⁵⁾。他方で，免責債権者に費用前払請求権が認められるかどうかは，委任に関する BGB 669条【費用前払義務】の問題であり，免責請求権の内容とは異なると指摘される⁽¹⁵⁶⁾。以上から，免責債務者の自由に選択しうる免責方法としては，①第三者による給付（代弁済・第三者弁済），②第三者による代物弁済，③免責的債務引受，④供託の合意，⑤相殺契約，⑥免除の合意（または不訴求の合意），が一般に挙げられているといえる。

b 免責請求権と金銭債権との関係

ところで，免責請求権は金銭債権ではなく，免責債権者は基本的には自身への支払いも，第三債権者への支払いも，いずれも免責債務者に直接請求することはできない。通常の場合では，免責債務者は上記免責方法①のように，第三債務につき代弁済をなして免責債権者を免責することが多いとされる。しかし，免責債務者がその他②から⑥の免責方法を選択する

(155) Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 7.

(156) MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 6.

ことも自由であるので、免責債権者は直接に自己への金銭の支払いのみを請求することはできない。同じく、第三債権者も免責債務者に対して直接自己への支払いを請求できず、自己の債務者である免責債権者に履行を働き掛けることができるにすぎないとされる。このように、免責請求権の内容には、基本的には、第三債務の弁済に必要な金銭の支払請求は含まれない。ただし、金銭債権との関係性については独立した検討がなされているため、後に「金銭債権への移行」の項目で改めて詳しくみることにしたい。

c 担保提供

次に、免責義務との関連で担保提供が問題となる。たとえば、BGB 257条【免責請求権】2文、738条【脱退の場合の清算】1項3文、775条【免責に関する保証人の請求権】2項によれば、免責債権者によって引き受けられた第三債務がまだ履行期にない場合には、免責債務者は債務からの免責に代えて免責債権者に対して担保を提供することができる。この担保提供は、BGB 232条【種類】以下の規定に従ってなされなければならない。担保提供後に第三債務が履行期に達したとすると、それ以降は免責請求権が発生する。そのため、担保提供は最終的な意味での代用権ではなく、時間的に制限された代用権（または時間的に制限された任意選択権）であるとされ、免責請求に対する暫定的な防止策にすぎないとされる。

d 小括

免責請求権の権利内容についても、ドイツでは、現在のところ見解はほぼ一致しているとみうる。まず免責の基本的な内容は、①免責債務者による代弁済が中心となるが、それ以外にも②第三者による代物弁済、③免責的債務引受、④供託の合意、⑤相殺契約、⑥免除の合意（または不請求の合意）の可能性が検討されている。いずれにしても、免責債務者が主体的

に免責方法を選択できることに異論はなく、免責債務者の利益という視点に立って免責請求権の実益の一端とみられるところである。また、条文中に担保提供の規定がある場合には、その基本的な理解について取り立てて異論は認められない。

ところで、本稿第2章で触れたように、近時、第三債務の存否に疑義のある、いわゆる仮定的債務からの免責について免責債務者は義務を負うかどうか⁽¹⁵⁷⁾が問題とされている。この問題について本稿で詳しく検討する余裕はないが、保険契約法（VVG）100条【保険者の給付】では、近時の法改正を機に、保険者は「根拠のない請求権を除去する義務を負わされる」と規定された。民法でも、近時の判例⁽¹⁵⁸⁾がこれを肯定したこともあって、仮定的債務からの免責も免責内容に含めるべきとの見解がみられ、今後の動向が注目される。

（４）要件・効果に関する問題点

第2章で詳しく紹介したとおり、免責請求権に内包される特殊性が影響して、その要件・効果面でも様々な議論が生じている。具体的には、履行期、債務不履行、金銭債権への移行、相殺、留置権、債権譲渡、消滅時効が主として問題とされている。各問題点の詳細については第二章を参照することとし、ここでは問題の概略と議論の到達点をまとめたい。なお、金銭債権への移行問題については、免責請求権の意義を分析する上で重要な視点を含むと考えられるため、別項目で詳細にみておくことにする。

a 履行期・債務不履行

まず免責請求権の履行期については、法律で規定された費用償還、組合

(157) Vgl. Schmidt, 283; Muthorst, 240f.

(158) BGH JZ 2008, 362.

からの脱退および受託保証の場面では、法の形式的な解釈によって「即時履行期」と一般に理解されている。すなわち BGB 257条【免責請求権】2文、738条【脱退の場合の清算】1項3文および775条【免責に関する保証人の請求権】2項によれば、免責債務者は第三債務の履行期前に担保を供与する権利を有すると規定されているので、防御対象としての免責請求権も第三債務の履行期前にすでに履行期にあるということである。そのため、たとえ免責の対象となる第三債務の履行期が到来していなかったとしても、免責債権者が第三債務を引き受けたときに即時に履行期に至ると一般に解されている。この即時履行期の解釈が他の場面にも類推されるかについて、これを肯定し、すべての免責請求権に通用する一般法理を導きうることを指摘する少数の見解もある⁽¹⁵⁹⁾。しかし、個別の場面ごとに履行期を決すべきであり、これも不明瞭ならば、BGB 271条【給付時期】1項によって免責請求権は即時に履行期にあると解する見解が現在では一般的といえる。

次に、免責債務の債務不履行について、上記の履行期の問題に加えて若干の検討がある。免責債務者が第三債務から免責債権者を免責せず、免責債権者が第三債権者に給付せざるをえなかった場合には、免責債権者は、期間確定（BGB 281条【給付がないこと、または給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償】1項1文）または催告（BGB 286条【債務者の遅滞】）によって第三債権者からの請求を回避する機会を免責債務者に与えたうえで、それでも費やした費用の金額で損害賠償を免責債務者に請求できるとされる⁽¹⁶⁰⁾。この免責債務者への損害賠償の問題を含めて、免責請求権の金銭支払請求権への移行が問題とされている。

(159) Gerhardts, S. 21f., 30.

(160) MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 12.

b 相殺・留置権

他方で、免責請求権による相殺の可否が問題とされている。免責債務者が免責債権者に対して支払請求権を有する場合に、免責債権者は自己の有する免責請求権をもって反対債権である支払請求権と相殺できるか、両債務の性質が異なることから相殺の可否が争われている。ドイツの通説によれば、第三債務からの免責と金銭の支払いとでは債権の性質が大きく異なっており、両請求権に同質性（BGB 387条【相殺の要件】）が欠けることから、このような相殺は否定されている。ただし、この見解によっても、免責債権者が第三債務を履行し、免責請求権が支払請求権へと変更されるならば、両請求権の同質性の要件が満たされるため、相殺は可能とされる。これに対して、免責請求権と支払請求権の相殺を肯定する少数説⁽¹⁶¹⁾が存在する。この見解は、免責債務者の無資力の危険性を考慮するならば、相殺による実質的な平等を図るべきこと、さらには経済的な視点から免責請求権を特別の支払請求権とみなしうることから同質性も担保されることを理由とする。しかし、通説である相殺否定説からは、免責債権者が第三債務を履行すれば相殺が可能となるので、免責債務者の無資力の危険に対処できること、さらに免責方法は代弁済以外にもありうることから、免責方法を代弁済とのみとらえて経済的に支払請求権と同視する肯定説の論拠は妥当ではないことを理由に反論されている。

以上とは異なって、免責債務者が免責債務を履行する目的で第三債権者に対する自身の債権をもって第三債務と相殺することが可能かどうかとも問題とされている。これについて、相殺にとって必要な債権の対立性が欠けていることから、一般的に相殺は認められない⁽¹⁶²⁾。ただし、契約上の合意による相殺事例では判例は対立性の要件を不要と解していることから、免責

(161) Scheuerle, 27; Trinkl, 1077f.

(162) Bischoff, 245.

債務者と債権者間の契約による相殺は可能とされる。⁽¹⁶³⁾

さらに、相殺との関連で免責請求権につき留置権の成否も問題とされている。免責債務者が免責請求権に対して反対債権として金銭支払請求権を有するとしても、上述のように基本的に相殺は認められないが、二つの請求権が同一の法律関係から生じるときには、免責債権者に少なくとも留置権（BGB 273条【留置権】、320条【同時履行の抗弁権】）が認められると一般に理解されている。そのため、免責債務者による金銭の支払請求に対して免責債権者は免責請求権をもって対抗できる。他方で、上述のように免責請求権と支払請求権とを相殺するという意思表示が無効とされるとしても、このような無効の意思表示は留置権の行使へと解釈を変えうると指摘されている。⁽¹⁶⁴⁾

c 債権譲渡

ところで、免責請求権者が免責請求権を無関係な第三者または第三債権者に譲渡しうるか否かが争われている。一般的には、このような債権譲渡は基本的には否定される。⁽¹⁶⁵⁾なぜなら、免責請求権は本来は免責債権者に対してのみ履行可能な高度に人的な請求権であるにもかかわらず、もしこのような免責請求権が第三者または第三債権者に譲渡されてしまえば、不可避的に譲受人から免責債務者への支払請求権に変更されざるをえないところ、BGB 399条【内容変更または合意による譲渡禁止】による内容変更による譲渡禁止に抵触するからである。しかし、判例・通説は、第三債権者への譲渡に限って、当事者の利益考量によって例外的に認められるとする。⁽¹⁶⁶⁾

(163) Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 9.

(164) Görmer, 11; H. H. Bischoff, 1446.

(165) Vgl. Görmer, 11f.

(166) RGZ 140, 373(378); BGHZ 12, 136(141); BGH, NJW 1993, 2232(2233).

つまり、利害関係を有する第三債権者が免責債権者を介してしか免責債務者に働きかけられないのは迂遠であるので、第三債権者には債権譲渡の手法で自己の請求権の満足を達成するという固有の利益があることを認めるべきという。これに対して、第三者への譲渡はもちろんのこと、第三債権者に対する譲渡であっても認めるべきではないと主張する少数説が存在する。⁽¹⁶⁷⁾これによれば、あくまでも免責請求権と支払請求権との法的性質の相違を重視すべきであり、免責請求権のある種の「迂回」または超過支出も法の予定するやむをえないものとであると説明されている。

d 消滅時効

免責請求権の消滅時効について、一般的に、免責請求権のよって立つ法律関係に依拠して決せられるべきとされる。⁽¹⁶⁸⁾そこで、その都度基礎に置かれる債務関係によって特別の消滅時効期間が規定されていればそれにより、そのような特別の規定がなければ、BGB 195条【通常の消滅時効期間】の通常の3年間の時効期間で消滅する。なお、時効の起算点は通常は履行期に適合するが、免責債権者の支払いによって免責請求権が支払請求権へと転換する場合には、変化した支払請求権の消滅時効は支払いの時点から進行を開始するとされる。

e 小括

以上でみてきたように、ドイツでは、免責請求権の法的な特質によって解釈論上でも様々な問題が生じていることが分かる。ただし、多くの点では一定の共通認識が出来上がっているという状況である。

Vgl. Bischoff, 246.

⁽¹⁶⁷⁾ Görmer, 11f.

⁽¹⁶⁸⁾ Görmer, 12; Bischoff, 242.

まず免責請求権の履行期については、法律で規定された場面である費用償還、組合からの脱退および受託保証の場面では、法の形式的な解釈によって「即時履行期」と一般に理解されている。債務不履行についてはあまり議論されていないが、次にまとめる金銭債権への移行と関連して関心もたれている。それから、消滅時効については、一般に免責請求権の基礎的法律関係に応じて決せられると考えることに異論はないようである。これに対して、相殺の可否には若干の争いが存在する。ただし、免責債務と金銭債務との性質の相違から相殺を否定し、しかし免責請求権が支払請求権へと変更されれば相殺は可能という見解が通説とされる。さらに相殺が認められなくとも、免責債権者に留置権が認められると考えることが一般的である。他方で、債権譲渡の可否にも若干の争いが存在する。ただしこれも、免責請求権が高度に人的な作為請求権であることから基本的には否定されるが、第三債権者への譲渡であれば例外的に肯定することが判例・通説とされる。

（５）金銭債権との関係性

a 免責債権者による履行後の金銭債権への移行

それでは、金銭債権との関係性についてドイツの議論をまとめたい。そもそも免責請求権の対象は免責という代替可能な作為であって、金銭の支払いではない。ただし、免責債権者が自ら第三債務を履行すれば、免責請求権は金銭の支払請求権へと変化する。この金銭支払請求権の性質は、免責債務者による免責義務の遅滞によって生じる損害賠償請求権、または費用償還請求権から結果的に生じるものと説明されている。

この問題について、第三債務が根拠付けられるか否かで区別して、より具体的かつ詳細に検討する見解がある。⁽¹⁶⁹⁾ まず第三債務が根拠付けられる場合には、免責債務者が免責債権者の弁済よりも前の適切な時に第三債務を

回避する機会を有していたときは、免責債務者がその機会に免責をしなかったのであるから、免責債権者は自身の負う第三債務を弁済する権利を有しており、その弁済と同時に金銭償還請求権が生じるとする。この見解は、免責債務者が第三債権者をして債権の全部または少なくとも一部分を免責債権者に迫及しないという意味を生じさせることにつき、適切な時期に成功したと証明できる限りにおいて、免責債権者は損害賠償請求権を有せず、単に正当な事務管理または不当な事務管理に基づく費用償還請求権（BGB 683条【費用の償還】、667条【受任者の引渡義務】または684条【不当利得の返還】）、または不当利得返還請求権（BGB 812条【（不当利得）返還請求権】）を有するにすぎないと説明する。他方で、第三債務が根拠付けられない場合には、基本的には免責債務者は免責義務を負わないので金銭債務への移行も問題とならないところ、契約などによって回避義務が課せられる場合には、免責債務者が事前に自身の回避義務に有責的に違反したときにのみ金銭による損害賠償請求権が生じるとされる。その際に、根拠付けられない第三債務を履行したことによって免責債権者が第三債権者に対して有する不当利得返還請求権（BGB 812条【（不当利得）返還請求権】1項1文）が、免責債務者のもとに譲渡される（BGB 255条【代償請求権の譲渡】）という。

これに対して、免責請求権が支払請求権へと「転換」という効果を導くのではなく、まさに BGB 257条【免責請求権】が前提とする本来の費用償還請求権から支払請求権が「創設」される⁽¹⁷⁰⁾と説明する見解がある。なぜなら、請求権の内容はその都度の危険および現在の状態に適応すべきであるところ、当該場面では費用はもはや債務を引き受けた点には存在しておらず、免責債権者がその債務を支払ったという点に存在するからとさ

(169) Görmer, 9f.

(170) MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 5; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 8.

れる。

b 履行前の金銭債権への移行

ところで、免責債権者が第三債務を履行していない限り、免責債権者の積極財産に損失が生じていないので、免責請求権は基本的には金銭債権には移行しない。ただし、特別の契約上の合意、法律上の規定（BGB 250条【期間指定に基づく金銭賠償】第2文参照）または破産手続きに基づいてのみ、例外的に免責請求権は免責債権者の弁済前に支払請求権へと変更されうる。後者については、通説的見解⁽¹⁷¹⁾に従えば、免責債権者の財産に関する破産手続きが開始された場合に、破産債権者の平等の観点から、免責請求権は支払請求権へと変更されることになる。

これに加えて、受託保証の場面において、第三債権者による請求が確実に予想されうる場合には、免責債権者が自身への支払いを請求することを認めた判例⁽¹⁷²⁾があった。しかし、現在の判例では受託保証人による弁済前に金銭支払請求権は認められていない⁽¹⁷³⁾。

c 小括

免責請求権と金銭支払請求権との関係について、そもそも免責請求権は金銭支払請求権ではなく、免責という免責債務者の作為を目的とする請求権であるという点で近時の見解は一致している。そして、免責債務者が免責義務に応じないことで、免責債権者が自ら第三債務を履行したときに、はじめて免責請求権は金銭の支払請求権に移行すると捉えることが通説で

(171) Gerhardt, S. 110; Bischoff, 247; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr.15; MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 10.

(172) RGZ 78, 26 (34).

(173) BGH, NJW 1999, 1182.

ある。この金銭支払請求権の性質については、基本的には免責債務者の履行遅滞による損害賠償請求権と捉える事が一般的であるが、当事者の置かれた状況によって事務管理や不当利得を指摘する見解がある。他方で、免責請求権から金銭支払請求権への「移行」ではなく、本来の費用償還請求権から支払請求権が「創設」されるとみる見解もある。このように、基本的には、免責債権者による履行後に金銭支払請求権が発生することに異論はないが、金銭支払請求権の法的性質ないし免責請求権との関係について見解は一致していないといえよう。

他方で、基本的には、免責債権者による履行前には金銭債権は発生しないが、例外的に金銭支払請求権に移行する場合が認められている。それは、特別の契約上の合意、法律上の規定（BGB 250条【期間指定に基づく金銭賠償】第2文参照）または免責債権者破産の場合とされる。これに対して、受託保証の場面で事前の移行が認められたことがあるが、現在ではこれを認めないことが一般的である。

（6）手続法上の問題点

最後に、手続法上の問題についてまとめたい。免責請求権が裁判上で訴えられる場合に、当該権利の特殊性によって、とりわけ第三債務の履行期と関連して、訴えの種類、請求趣旨および免責判決の執行について問題が生じている。

a 訴えの種類

免責債権者が免責請求を裁判で主張する場合に、どのような訴えの種類が認められるべきかが検討されている。とりわけ扶養義務からの免責の場合のように、将来に渡って繰り返される給付が免責の対象とされる場合には、訴え提起の時点でまだ第三債務が履行期を迎えていないことがある。

また、将来的な扶養の金額が子の年齢、扶養の必要性および扶養義務者の所得状況によって左右されうることから、事後的な金額の一部は事前に見積もることが困難である。そのため、免責についての確認の訴えまたは給付の訴えが適切な訴えの種類とどういうのか、または債権者が両方の訴えの種類を組み合わせるべきかが問題とされている。この点、債務からの免責は免責債務者の給付を意味することから、基本的には給付の訴えの方法で訴えが提起されるべきである⁽¹⁷⁴⁾。ただし、第三債務の範囲がまだ具体化されていない場合には、確定性に欠ける給付の訴えを判例が許容していないことから、免責に関する確認の訴えの方法によるべきとされる。他方で、第三債務の一部がすでに算定可能だが、残部が未確定の場合には、債権者は統一的に確認の訴えを提起できる一方で、給付の申立てと確認の申立てとを相互に組み合わせることも可能とみる見解もある⁽¹⁷⁵⁾。以上に対して、第三債務の履行期に依拠することなく、単に免責請求権自体の履行期を問題とすればよいとの見解がある⁽¹⁷⁶⁾。これによれば、第三債務の履行期前でも免責債務者は担保提供の方法で免責義務を履行できるので、免責債権者は給付の訴えの方法によって訴えを提起してもよいとされる。

b 請求の趣旨

次に、請求の趣旨についても明確性の点で問題が生じうる。そもそも主張される請求権については請求趣旨において内容および範囲が具体的に示されなければならない、第三債権者、金額ならびに債務の名称が申し立てられる必要がある。そのため、「その当時に存在した債務残額に見合う額での免責」や「扶養義務からの免責」を求める申立ては明確性を欠くため不

(174) Bischoff, 240.

(175) Wilhelm, 355.

(176) Rimmelspacher, 89; H. H. Bischoff, 1448f.

適切とされる。⁽¹⁷⁷⁾これに対して、免責方法は免責債務者の選択に任されるため、請求趣旨では「免責」のみを内容とすればよく、金銭の支払いを内容とすることはできない。

他方で、請求趣旨に関連して、免責債務者が口頭弁論終結前に担保を提供する場合には、免責の訴えは棄却されなければならない。⁽¹⁷⁸⁾また、担保提供の権利は免責の申立てに応じて債務者に認められるべきとする見解がある。⁽¹⁷⁹⁾これに対して、第三債務がまだ履行期を迎えていない場合に請求の一部棄却の危険を免れるために、請求趣旨申立ての中に回避のための権限を取り入れること、すなわち担保提供を留保しておくべきことを提唱する見解がある。⁽¹⁸⁰⁾

c 免責判決の執行

最後に、免責判決の執行の際に生じる問題をまとめておく。これまでみてきたように、債務からの免責は免責債務者以外の者でも行いうる代替的作為を意味するので、強制執行の枠組みにおいては基本的に ZPO 887 条【代替的作為】に従って行われることになる。また、免責に代えて金銭の支払いが請求されうる場合には、同法同条に従うか、または単なる例外として同法 803 条【差押え】に従って、強制執行が行われることになる。ただし、免責請求権の特殊性から、第三債務がすでに履行期にあるか否かによって執行は異なった形態を採るとされる。⁽¹⁸¹⁾まず第三債務が履行期にある場合には、ZPO 887 条【代替的作為】1 項に従って、原告である免責債権

(177) Wilhelm, 355.

(178) Rimmelspacher, 89.

(179) Bischoff, ZIP 84, 1448.

(180) Görmer, 1992, S. 114; Wilhelm, 356.

(181) Rimmelspacher, 89f.; H. H. Bischoff, 1446; Wilhelm, 356.

者は免責債務者の費用で第三者をして免責に取り組ませる権限を裁判所から与えられる。また、同法同条2項に従って、免責行為に取り組むことによって生じるであろう費用の前払いを債務者に命じるように申し立てる権限も与えられる。なお、名義公示後、さらには決定公示後であっても、免責債務者は免責債務を自身で履行する可能性があったのであるから、債権者に先の権限を与えても免責債務者の利益を不当に害するとまではいえないとされる⁽¹⁸²⁾。これに対して、第三債務がまだ履行期にない場合には、とりわけ利息付き債権などでは、第三債権者は履行の受領を強制されるいわれはないことから、複雑な問題が生じる。この場合には、免責債権者は、たとえば免除契約や免責的債務引受、さらには債務期限延長の合意を第三債権者との間で取り付けるなど、第三債権者の免責への協力に頼らざるをえない。そして、申立て提起の際には、第三債権者の同意が証明されなければならない。もし第三債権者がこれらの同意を拒むなら、免責債権者は無担保の状態に等しくなってしまうため、BGB 257条【免責請求権】2文の文言を越えて担保給付の権利を免責債権者に認めるべきとの見解がある⁽¹⁸³⁾。これと同様に、履行請求や担保請求の権利が申立て内容に含まれていることから、担保給付の権利が認められるという見解がある⁽¹⁸⁴⁾。これに対して、第三債権者が同意をしない限りは、履行不能な第三債務の免責の名義はもはや執行の可能性が無いとの見解もある⁽¹⁸⁵⁾。この見解によれば、債権者は無担保の状態に置かれるが、ZPO 893条【利益の給付に関する訴え（損害賠償請求訴訟）】・BGB 283条【給付義務が排除された場合における給付に代わる損害賠償】による免責債務者への損害賠償が認められる可能性が指摘

(182) Rimmelspacher, 187; Wilhelm, 356.

(183) Wilhelm, 357; Soergel/Wolf, § 257 Rdnr. 14.

(184) Rimmelspacher, 185f.

(185) Görner, 1992, S. 164.

される。

d 小括

近時は、実体法的な視点に加えて、手続法の視点からも有意義な検討が加えられている。しかし、いまだ議論は熟し切ってはいないようであり、今後の展開が期待される。

上述のように、訴えの種類については、第三債務の履行期到来の有無によって給付の訴えと確認の訴えのいずれかによるべきとの見解と、第三債務の履行期前でも免責債務者は担保提供の方法で免責義務を履行できるので、第三債務の履行期によらず給付の訴えの方法で提訴してもよいという見解とに分かれている。次に請求の趣旨については、免責請求権の特殊性から明確性の点で問題が生じており、明確性を確保する方法が模索され、一定の判決文のひな型が提示されている。最後に、免責判決の執行にも問題が指摘されている。免責請求権は一般に代替的作為であると理解されているため、基本的にはZPO 887条【代替的作為】による代替執行が指摘されるが、免責に代えて金銭の支払いが請求される場合には同法同条または同法803条【差押え】によって強制執行が行われるとされる。ただし、免責請求権の特殊性を考慮し、第三債務の履行期が到来しているか否かで執行形態が異なるとされる。とりわけ第三債務が履行期にない場合には、第三債権者の免責への協力に頼らざるをえないことから、申立て提起の際に第三債権者の同意が証明されなければならないと指摘されている。

2 日本法への示唆

(1) 日独間の法的枠組みの異同

ここまでみてきたように、ドイツにおいては、費用償還、受託保証および組合という民法（BGB）上の三つの場面で免責請求権規定を用意した166(1079) 法と政治 61 巻 4 号 (2011 年 1 月)

うえ、連帯債務および損害賠償の場面でも解釈によって免責請求権が認められるに至っている。さらに保険契約法（VVG）でも明文で免責請求権が認められた。それだけでなく、当事者の合意による場面も取り込んで議論が進められている。そして特に注目すべきことは、ローマ法に沿革を有する委任における免責請求権規定が第二草案の時点で債務法総論に移動させられたことから、免責請求権の一般規定化が生じたことである。さらに、近時の学説においては、各規定を統一的に把握する一般免責請求権論の展開が盛んである。つまり当該権利の重要性が一層認識され、判断枠組みの共通化によって論理的な深化を遂げつつあるといえる。

これに対して、個別規定および解釈論の大枠を日本法は知らない。それのみならず、今回のようにドイツ法の諸場面と比較すると、日本の立法者はあえて免責規定を置かなかったとも理解できる状況にある。たとえば、免責債務者に任される免責方法の一内容をなす免責的債務引受が制度的に規定されなかった。また、損害賠償法理においては金銭賠償の原則を厳格に採用し、ドイツ法とは異なって債務者の原状回復義務を一般的に規定しなかった。これにつき民法修正案の理由書によれば、原状回復の方法は「いたずらに事物の混乱を来たし、かえって不便である。ゆえに本案は既成法典の如く損害を測定するに最も便利である金銭によってその賠償を定める」と説明されている。⁽¹⁸⁶⁾そのため、損害賠償の場面で原状回復義務から導かれる免責請求権も、日本では議論されてこなかったと考えられる。これに加えて、連帯債務においても、日本には連帯債務者間の事前の協力義務を導く規定が存在しないことから、そこから派生する免責請求権についても議論されてこなかった。さらに、組合からの組合員の脱退の際に、脱退組合員が持分の限度で負った組合債務からの免責を規定しなかった。そ

(186) 廣中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣，1987年）407頁（原書347頁）。該当部分につき筆者現代語訳（以下同様）。

のため、ドイツのような持分増加原則が採用されていないことも影響して、日本では脱退組合員は脱退時まで組合が負った債務の割合部分を脱退後も負い続けることになる。⁽¹⁸⁷⁾他方で、委任における受任者の義務負担の場合に、委任者に免責方法を選択させる包括的な免責規定を置かず、民法650条2項であえて委任者に対する代弁済請求のみを規定した。この規定の源流とされる旧民法財産取得編245条4号では、委任者は「代理人がその管理によって負担した一身上の義務の解脱またはその賠償」を負担すると規定していた。⁽¹⁸⁸⁾これに対して、現行民法典が免責（解脱）請求権を規定しなかったことについて、民法修正案の理由書では「明瞭を欠き、かつ用語が⁽¹⁸⁹⁾穏当ではないことをもってこれを修正した」と説明されている。さらに、受託保証の場合でも免責請求権を採用せず、あえて金銭債権としての事前求償権を規定した。このような立法経緯からすると、受託保証の場面では免責請求権を排除する趣旨とも読めなくもない。これに加えて保険法においても、日本では免責（免脱）請求権は規定されていない。このように、ドイツの規定に散見される免責請求権に関連する規定が、日本の民法および保険法ではことごとく採用されていないのである。⁽¹⁹⁰⁾こうしてみると、免責請求権に関する議論の方向は、ドイツと日本とでまったく逆を向いてい

(187) 前掲注(11)・我妻『債権各論・中巻二』838頁参照。

(188) 原田眞義編『民法対照・財産編（明治23年民法，明治29年修正案）』明治29年発行（日本立法資料全集・別巻237，2002年，信山社）492頁，磯部四郎『民法〔明治23年〕釈義・財産取得編（中）』（日本立法資料全集・別巻86，1997年，信山社）802～805頁参照。

(189) 前掲注(186)『民法修正案（前三編）の理由書』622頁（原書562頁）。

(190) 日本でも、民法461条では「免責」が明文上規定されている。ただし、成立場面が受託保証人の事前求償権を前提とするうえ、請求の主体も異なっている。そのため、ここで同列に取り上げるわけにはいかない。もっとも、保証人の免責請求権と一定の関連付けが可能であるため（前掲注(7)・渡邊法政論集227号417～418頁参照）、後に若干の検討を加えたい。

るといえる。

このような日本の立法経緯からすれば、各種免責請求権を日本に導入するには難しい局面が多く、また、すべての場面に共通する一般的な免責請求制度を議論するには材料が乏しすぎたといえよう。そこで、免責請求制度は日本民法の下ではなじまない議論であると切り捨てることも可能であったかもしれない。しかし、上述のとおり、ドイツにおいては各種免責請求権は規定上所与の制度であるだけでなく、とりわけ近時は判例および学説上で盛んに建設的な議論が行われている。このようなドイツの状況を踏まえるときには、立法時には消極的であったとしても、ドイツ法との比較の上で、日本でも免責請求に関する議論を開始する余地はすでに生じているのではないだろうか。実際に、第1章で紹介したとおり、日本でも一部で意識的に議論されてきたうえ、昨今の民法・債権法改正の提案においても一部で取り入れられている。

もとよりドイツと日本の民法典が類似の法構造を持つからといって、すべての局面で同じ解釈論が採用されるべきものとは思われない。かりにドイツに特有の規定および解釈論があり、そこから日本法への示唆を考える余地があったとしても、日本法への導入可能性を検討するにあたっては法規定全体との調和の視点が重要となろう。さらに法規定全体の中で、ある規定および解釈の導入可能性が認められるとしても、そのような規定を日本社会に実際に導入する必要があるのかどうか慎重に検討されなければならない。日本法に存在する他の規定によって解決可能な問題であれば、あえて新しい規定または解釈を導入する必要は乏しいといえよう。このようにドイツ法に限らず外国法を研究する際に、ある制度の日本社会への導入の可否を諮るには慎重な姿勢が必要となる。そこで、以下では、このような視点から、第1章で掲げた三つの課題に応答した形で一定の考察を進めることにしたい。

（２）議論開始の許容性

上述したように、日本の立法段階で免責請求権の導入に消極的な姿勢がとられたとするならば、当時の懸念が払しょくされない限り、現在においても導入の可否を議論すること自体が無意味だと評価されるかもしれない。これに関して、他国で立法後に一定の解釈論が展開され、それが定着しているとするならば、その方法を探ることによって、立法当時の疑念に一定の回答を提示する可能性が生じる。そこで、ドイツにおいて、免責請求権に関する複雑な権利関係の原因や、そこから生じる問題が解決されているかどうかを探ることによって、日本で同種の議論を開始することへの許容性が生じてくるものと考ええる。これをもって本稿の第一の課題と位置付けた。

ここまでドイツの議論状況について詳細に紹介してきた。とりわけ本章の前半でまとめたところからもわかるように、免責請求権の特殊性からくる問題の複雑さは学説において大いに意識されながらも、解釈論上、一定の共通認識ができてつあるといえる。このことは、まさに一般免責請求権論として共通枠組みが構築されつつあることの当然の帰結といえるかもしれない。もちろん異論のある問題点や議論の熟していない問題点もあることから、すべてが解決された状態とはいえない。しかし、免責請求権の特殊性を念頭に置くからといって、この種の権利を消極的に解したり、または廃止を求めたりする見解は皆無とえる。このように、ドイツにおいては、各種免責請求権が社会的に根付いているうえ、一般免責請求権という共通枠組み構築の議論を介して、免責請求権に関する複雑な権利関係の原因やそこから生じる問題は解釈論において相当程度に解決されているといえるであろう。

そもそも免責請求権が複雑な権利とされる原因については、免責請求権の意義の分析から明らかとなるように、三者関係において生じる選択的な

代替的作為を内容とする点にあるとまとめられよう。つまり、免責請求権は三者関係において問題となる権利であるうえ、金銭の支払いではなく免責という代替的作為を内容とする高度に人間的な個別的請求権であり、修復または原状回復請求権の一種と位置付けられるということである。これに加えて、免責債務は免責対象となる第三債務の発生、範囲および内容に付従的であることから、とりわけ第三債務が扶養義務のように将来発生するものである場合には、内容の確定性に問題が生じる。さらに、免責債務者に免責方法を選択する権利が認められる点にも権利を複雑化する一因があるといえる。ただし、このような特殊性によってもたらされる解釈上の問題点とそれへの解決策については、すでに本章前半の各項目の小括で検討したのでここでは繰り返さないが、一定の共通見解がみられるところである。そこで、本稿の冒頭で設定した第一の課題に対して、日本に一般免責請求権論を紹介するに値する理論的な土壌はドイツですでに出来上がっていると評価してもよいように思われる。

（３）議論展開の可能性

次に、かりに議論を開始することに許容性が認められるとしても、ドイツと日本の法規定および理念の相違からくる現実的な解釈論的枠組みに大きな相違があるとするならば、実際に免責請求権規定を日本へ導入する可能性はないと評価されるかもしれない。また、このような相違が場面ごとの僅少のものであったとしても、そのような相違を超えて、日本への導入の可能性が認められるといえるのであろうか。このような視点から、免責請求権に関連する日独間の法的枠組みの相違の解明をもって、本稿の第二の課題と位置付けた。

以下では、まずは免責方法の内容について検討し、次いで個別場面での規定の相違について検討を加える。

a 免責方法

そもそも日本では、免責方法の一つである免責的債務引受は規定されていない。しかし、現在では解釈論上で免責的債務引受を肯定することに異論は見当たらない。さらに、第1章でもみたとおり、免責的債務引受は民法・債権法の改正提案にも取り入れられている。そのため、ドイツで免責方法として指摘される手法のすべては日本においても認められる法状況といえる。とりわけ免責方法の中心となる代弁済、つまり第三者弁済（民法474条）も制度上問題なく認められるところである。このように、日本で免責債務の成立を認めた場合に、免責債務者はドイツで指摘されるものと同じ免責方法を選択的に行使できる状況にあるといえる。この点に規定上の障害は存在しない。

b 委任および費用償還の場面

個別の場面の中でも、まずは歴史的な淵源とされる委任の場面、さらには費用償還一般の場面を検討する。日本では、委任の場合に代弁済という免責の一方法が明文上で規定されている（民法650条2項）。ドイツにおける免責請求権の特質の一つが債務者の免責方法に関する選択可能性にあることからすると、日本で採用される代弁済のみの免責請求規定はドイツの免責請求規定とは制度的に相当異なるものである。先にみたように現行民法典があえて明文で免責（解脱）請求権を規定せず、そして修正案の理由書で「明瞭を欠き、かつ用語が穏当ではない」と説明されていることからわかるように、法制度の複雑化を嫌った立法者の意図が読み取れる。そうであるならば、日本では委任において代弁済以外の免責方法は認められないと捉えることが素直な解釈かもしれない。ただし、代弁済請求も「第三債権者に金銭を支払うこと」を委任者に対して請求するという代替的作為を内容としている。そのため、先に述べた複雑化の原因とみられる

「三者関係において生じる選択的な代替的作為」という内容のうち、「三者関係において生じる代替的作為」という点では免責請求権と同様である。そうすると、立法者も懸念した複雑化の原因は、残る「選択的」という部分に存在していると理解できる。そのため、ドイツ流の免責請求権を導入するにあたって障害となるのは、「債務者に免責方法に関する選択の余地を残した形での請求」という特殊な内容の権利・義務を認めるべきか否かという問題に帰着するといえよう。

この問題を少し掘り下げてみると、日本法の下でも認められる二つの制度が参考となるように思われる。まず、民法406条以下で規定される選択債権である。これは2個以上の異なった給付を選択的に目的とする債権であり、選択権は原則として債務者に帰属する。つまり、債務者が選択権を有する場合には、債務者が主体となって選択的に給付を決定できる。たしかに免責請求権の場合には給付内容が選択的であるため、内容の確定した複数の給付から選択する選択債権とまったく同列には語れない。しかし、選択債権においても、債務者が給付を選択するまでは債権者が不安定な状態に置かれる点で、免責債務者が給付内容を選択するまで免責債権者が不安定な状態に置かれる免責請求権の場合と状況の類似性は認められよう。このように日本でも給付が債務者の選択に任される場面が明文で認められているのである。

次に、受託保証における主債務者の免責請求権（民法461条1項）および主債務者が主体的に免責に応じる地位（同条2項）⁽¹⁹¹⁾が挙げられる。これらはいずれも受託保証の場面における事前求償権（民法459条1項前段および460条）が前提とされるうえ、本稿で扱う免責請求権とは権利構造が異なっている。つまり、同条1項は、主債務者が保証人の事前求償権の履

(191) 前掲注(7)・渡邊法政論集227号417～418頁参照。

行に応じる場合に、それへの対抗措置として、主債務者が保証人に対して免責を主張する場面であって、本稿で扱う免責請求権とは前提が異なるうえ、請求主体が逆である。また、同条2項は、主債務者が事前求償権を履行する代わりに自主的に保証人を免責する場合であり、これも本稿で扱う保証人の権利としての免責請求権とは異なっている。ただし、前者は主体と客体が逆転しているとはいえ、その内容は債権者との関係での免責行為である。そこで、ここで問題としている「債務者の免責方法に関する選択権」という特殊性に限っては、同じ内容を有する権利であるといえる。また、後者についても、免責請求権者にあたる受託保証人側の権利としては構成されていないが、内容面で主債務者が自発的に免責方法を選択する自由を認めている。以上の二つの制度からすると、「免責債務者の免責方法に関する選択権」という義務内容が日本法にまったくなじまない性質であるとははいえないように思われる。

このように、かりに委任における代弁済請求権との比較によって立法時の懸念を一定程度は払しょくしようとしても、そのことから直截にドイツ流の免責請求権を解釈によって日本に導入できるというわけでもない。まずは民法650条2項が明文で免責方法を「代弁済」に限定しているため、同条同項の類推解釈によって「免責請求権」と読み込むことには慎重さが必要であろう。この問題について、ドイツの免責請求権論を参照して、ドイツ流の免責請求権を委任および事務管理の場面に適用すべきことを指摘する見解がある。⁽¹⁹²⁾つまり、ドイツにおいて委任のみならず費用償還に関する一般的な免責請求権がBGB 257条【免責請求権】に規定されていることを参考にしつつ、日本でも委任の代弁済請求規定（民法650条2項）が事務管理の場面にも準用されることに注目し、「受任者または事務管理者

(192) 前掲注(5)・三宅『新版注釈民法(18)』298頁。

が事務処理により債務を負担したが、いまだその弁済をせず費用償還請求権は生じないという状態で、委任者または本人に対しどのような内容・性格の請求権を認めるべきか」という問題について、「事務処理者としては、負担した債務の免脱（免責）を得ることが必要かつ十分で、そのための方法（弁済・免責的債務引受等々）は委任者や本人の選択に委ねるのが相当である」という。この見解をさらに一步進めて考えると、費用償還の場面で免責請求が認められるのであれば、この場面の広範な射程からすると、その先にはドイツのように判断枠組みの一般化の余地も出てこよう。ただし、この見解によってもそもそも委任の場面で民法650条2項をドイツ流の免責請求権と読み替えられるかどうかは不明であり、さらなる解釈論的な検討が必要と思われる。

その一方で、かりに債務者に選択の余地を残した形での免責請求が日本では認められないとしても、実際に民法650条2項が事務管理にも準用されることから理解されるように、免責方法を代弁済のみに限った日本流の免責請求権を一般化する方途も残されているといえよう。いずれにしても、日本でも免責請求権の一種である代弁済請求権が実際に規定されていることは強調されるべきであろう。

以上に対して、第1章でみたように、近時の民法・債権法改正提案では、委任の代弁済請求権を維持する乙案とこれを弁済資金請求権へと変更する甲案が並立的に提出されている。⁽¹⁹³⁾この甲案の理由として、「受任者の債務解放の方法としては、より一般的な形で、受任者の委任者に対する弁済資金支払請求権を認めるのが妥当である」と述べられている。⁽¹⁹⁴⁾しかし本稿でのドイツ法の分析からすると、免責請求権は基本的には金銭支払請求権を含まないことから、甲案の弁済資金請求権とドイツ流の免責請求権とは相

(193) 前掲注(12)『詳解・債権法改正の基本方針V』115頁以下参照。

(194) 前掲注(12)『詳解・債権法改正の基本方針V』117頁。

容れない権利だと指摘できる。つまり、免責債務者（委任者）の免責方法に関する選択権を奪うことになるため、ドイツにおける免責請求権は、免責債権者に自身へ金銭を請求する権利を認めないのである。もっとも免責方法を代弁済のみに限った日本流の免責請求権を前提にするならば、委任者には弁済方法につき選択の余地がないため、受任者が第三債権者への支払いに代えて弁済資金を自己に支払うように請求する権利を認めるための障害は小さくなるかもしれない。このようにみれば、甲案は乙案を前提にしなければ出てこない提案であるといえよう。それよりも、本稿の視点からは、そもそも乙案のように日本流の代弁済請求権を維持すべきなのか、またはドイツ流の免責請求権を導入すべきなのかが問題とされなければならない。そのため、もし本稿での試みがある程度でも成功するならば、ドイツ流の免責請求権の導入も第三の案（いわば丙案）として付加的に検討されるべきことになると考える。

以上から、日本の民法下において、委任さらには事務管理も含めた費用償還の場面でドイツ流の免責請求権を導入する可能性はある程度は認められるものと評価できる。ただし、日本流の代弁済請求権を限定された免責請求権として一般化する方途も考えられるところである。この問題について、両手法の妥当性を比較検討する前提作業として、まずはドイツ流の免責請求権の意義を明確にする必要があるといえよう。

c 受託保証の場面

次に、委任の特殊場面と位置付けられる受託保証の場面をみてみたい。この場合、日本では免責請求権規定は存在せず、その代わりに事前求償権（民法459条1項前段および460条）が規定されている⁽¹⁹⁵⁾。このことからする

(195) 立法経緯については、前掲注(8)の文献を参照。また、免責請求権との関係については前掲注(9)の文献を参照。

と、先にもみたとおり、免責請求権をあえて規定しなかったとも捉えられよう。つまり、受任者たる受託保証人が委任者たる主債務者に対して弁済など何らかの方法で自らを保証債務から免責してほしいと主張する方法を採用せず、保証人としての代位弁済に必要な金銭の事前の支払いを請求するという方法をあえて採用したということである。このような経緯からすると、ここでも免責請求権は認められないと考えることが素直かもしれない。

この問題について、もう少し踏み込んで考えるならば、この両請求権は内容が大きく異なるので、免責請求権と事前求償権との関連性を検討することが重要となる。この点、ドイツでは、先にみたとおり、一般的には免責請求権の内容として金銭支払請求権は含まれないとされ、免責債権者自身が弁済した後に免責請求権の金銭債権への移行が損害賠償請求権または事後求償権⁽¹⁹⁶⁾との関係で取りざたされている。この意味では、受託保証における免責請求と事前求償とは相いれない権利ということになるだろう⁽¹⁹⁷⁾。ただし、ドイツのかつての判例や一部の学説では、例外的に、第三債権者による請求が確実に予想されうる場合には、免責債権者である受託保証人が主債務者に対して自身への金銭の支払いを請求しうることを認めていた。この見解によるならば、免責請求と事前求償との両立ないし事前の転換が

(196) 議論の詳細については、第2章4(3)「金銭債権への移行」および第3章1(5)「金銭債権との関係性」を参照。

(197) 前掲注(8)・福田「事前請求制度の目的となるリスク内容(上)」30頁に指摘がある。そこでは、ドイツの近時の通説が事前請求制度の意義を大きく削減しているのは、「免責請求権を採用したという政策判断を重視するから」とされる。そして、同論文で事前請求制度を好意的に検討するにあたって、ドイツ法の免責請求制度を「反面教師として学ぶべきもの」と評価されている。このような視点から、同連載「事前請求制度の目的となるリスク内容(下)」(本稿脱稿時には未完)にて、ドイツの免責請求権論の検討が予定されている。

認められることになる。しかし今日では、BGH はこの場合にも金銭の支払請求権を認めず、あくまで免責という請求内容を堅持している。このように、現在のドイツでは受託保証の場面においても事前求償権は一般的に認められず、基本的には免責請求権一本で解決を図っている。つまりドイツでは、免責請求権の事前求償権への転換という解釈論は、理論的に不可能ではないものの、採用には消極的といえる。これに対して日本では、金銭の支払いを目的とした事前求償権のみが規定されているところ、免責請求権を並列的ないし代替的に認められないかが問題とされている。たしかに、上述のとおり、受託保証の場面でも免責請求を認めない方向性が素直な受け止め方かもしれない。しかし、日本でも受託保証人の免責請求を明文で禁止しているわけではないという点に着目すると、かりに免責請求に十分な意義が認められ、かつ免責の特殊性から生じる問題点をクリアできるのであれば、免責請求が解釈論としてまったく認められないともいえないであろう。その際にドイツの金銭債権への移行論を参考にするならば、事前求償と並列して、なしは事前求償に代えて免責請求を認める余地はあるといえよう。ただし、日本で受託保証人の免責請求権が実際に認められるかどうかについては、第1章で述べたとおり、本稿における一般免責請求権に関する一般枠組みを踏まえうえて、受託保証の具体的な場面の特殊性を念頭に置いたさらに踏み込んだ各論的な検討が必要となる。

d 組合からの脱退の場面

他方で、ドイツで明文規定のある組合の場面をみてみたい。日本では、当該場面に明文規定は存在しないが、脱退組合員の持分の払戻しに関する民法681条の解釈として免責請求権の成立を指摘する見解⁽¹⁹⁸⁾があり、これに

(198) 前掲注(11)・我妻『債権各論・中巻二』838頁、前掲注(11)・菅原『新版注釈民法 (17)』181～182頁参照。

従って民法・債権法の改正提案にも免責請求権が取り入れられている。それによれば、ドイツ民法738条を参照しつつ、脱退前に債権を取得した組合債権者は、脱退組合員の個人財産に対しても、その負担部分に相当する額だけの請求ができることを前提として、脱退組合員は組合に対して、個人財産による責任を免れさせるよう請求することができると解すべきだとされる。そして免責請求権を肯定する理由について、脱退に際して組合債務を組合のマイナスとして計算したことは、当然、組合財産をもって弁済する趣旨だからとされる。

しかし、これには解釈論において大きな問題がある。つまり、ドイツで採用されている持分増加原則との関係に注意する必要があるのではないだろうか。そもそも日本民法が脱退組合員に免責請求権を認めなかったのは、日本でドイツのような持分増加原則が採用されていないことが影響しているかもしれない。つまり、民法681条2項によって脱退組合員の持分は金銭での払戻しが可能と規定されているので、残った組合員の持分は増加しないことになる。このことに対応して、脱退組合員は脱退時までに負った組合債務の持分割合を脱退後も負い続けると解されよう。要するに、脱退組合員は持分を払い戻せる代わりに組合の負債も持分の限度で負担させられることで、法的なバランスを採っているとみられるのである。⁽¹⁹⁹⁾これに対して、ドイツでは持分増加原則が採用されているので、脱退組合員は持分に見合った金額を得られない代わりに、組合の負債からも免責されるといふ法律構成を採っているとみうる。

以上からすると、組合からの脱退の場面では、その前提となる持分増加

(199) これが適切なバランスと評価してよいのかについては、一考の余地がある。つまり、脱退組合員の持分（金額）と組合の負う債務に対する持分割合とが対応するといえるのか、持分率よりも負債率の方が多大になる可能性があるようにも思われる。

原則の採否に違いがあることから、日本で免責請求権を認めるには慎重さが必要になるとえよう。それにもかかわらず、先にみたように、持分増加原則の採否を鑑みることなく、当該場面で免責請求権を認めるべきことを主張する見解があるうえ、この見解が改正提案に受け入れられている。しかしこれでは、脱退組合員が不相応に利益を得る可能性があるといえよう。なお、日本で持分増加原則を見直すのであればそれとのセットで免責請求権の採用も検討の余地が生じるであろうが、これは組合からの脱退における清算をいかに考えるかという問題に帰着するため、各論場面の特殊状況を個別に検討する必要がある。そこで、本稿ではこの問題に深入りしない。ただし、当該場面で免責請求権を認める見解に対して、持分増加原則を採用しない日本では免責請求権を認めるべきではないか、せめて持分の払戻額を差し引いた内容で免責債務を計算すべきである、という点を確認しておきたい。

e 損害賠償の場面

日本においては、原状回復という観念は多義的とされ、原状回復法といっても物権の請求権、不当利得返還請求権、契約解除による原状回復債権が念頭に置かれるうえ、さらには不法行為に基づく損害賠償も価値的な原状回復⁽²⁰⁰⁾といえると指摘される。本稿で扱う原状回復は、損害賠償の効果としての、いわゆる自然的原状回復である。ドイツでは、損害賠償の原則はこの自然的原状回復であり、これが適わないときに金銭での賠償が問題とされる（BGB 249条【損害賠償の種類と範囲】）。しかし、日本では金銭賠償が原則とされ、自然的原状回復は規定されていない。そのみならず、先にみた立法理由書における消極的な態度をも敷衍して、日本では基本的

(200) 松岡久和「原状回復法と損害賠償法」ジュリスト1085号（1996年）86頁以下参照。

には原状回復義務は認めるべきではないとの議論が主流であるといえる。⁽²⁰¹⁾
ただし、金銭賠償主義は賠償義務者である加害者の便宜に傾いているとも指摘され、事例に応じて具体的に被害者・加害者双方の利害の調整を考慮して、必要に応じて原状回復を認めて行こうとする学説も認められる。⁽²⁰²⁾ 他方で、損害賠償の方法としてのドイツ流の自然的原状回復には消極的であるとしても、結果的に原状回復を生ずるような妨害排除・差止請求を認めることや、「原状回復の理念」を損害賠償法解釈の指針とすることまでは否定されないと指摘される。⁽²⁰³⁾ その後、このような学説の状況はとりたてて進展していないようである。

このような状況からすると、日本で不法行為の効果として自然的原状回復を正面から認めることは難しいかもしれない。しかし、立法当時から100年以上が経過した現代において、複雑化した社会のニーズにこたえるためには、金銭での賠償だけでなく、原状回復による救済の適する場面が増えているかもしれない。本稿の視点からすると、まさにその一つの場面が損害賠償において免責請求権が認められるべき場面であると指摘できる。このように、本稿で検討する免責請求権論が原状回復を内包することからすると、免責請求権の導入の是非を巡る議論から原状回復に関する議論が導かれることによって、損害賠償法理における自然的原状回復のあり方を再考することにつながるかもしれない。いずれにしても、日本では損害賠償法理における一般的な原状回復の規定は存在しないが、このような原状

(201) 加藤一郎編『注釈民法（19）・債権（10）』（有斐閣，1965年）344頁以下（該当箇所につき沢井裕執筆），四宮和夫『不法行為』現代法律学全集10－ii（青林書院，1985年）476頁参照。

(202) 前掲注(201)・沢井『注釈民法（19）』344～345頁参照。たとえば、加藤一郎『不法行為』法律学全集22－II（有斐閣，増補版，1974年）215～217頁。

(203) 前掲注(201)・四宮476頁。

回復を明示的に否定する規定も存在しないため、解釈によって免責請求権を認める余地は存在すると思われる。

f 連帯債務の場面

他方で、日本の連帯債務の場面では、連帯債務者間の協力義務規定は存在せず、免責請求の根拠となりうる規定は存在しない。ただしドイツでも、BGB 426条【清算義務、債権の移転（連帯債務者間の求償義務）】1項によって「連帯債務者は、特段の定めがない限り、その相互関係においては平等の割合で義務を負う」と規定されているにすぎず、協力義務の内容は免責義務をも含めて解釈によって導かれている。これについて日本では、特段の定めのない場合に負担部分平等の推定が解釈によって導かれているが、その解釈によっても連帯債務者間の協力義務という発想はみられない。このように日本では免責請求権を導きうる規定ないし解釈論が存在しない。そうはいつても、免責請求権の成立に抵触するような規定も見当たらないことから、免責請求権が積極的に否定される法状況ともいえない。そこで、かりに免責請求権を認めるとしても、他の規定との解釈論上の齟齬は生じないものと思われる。そこで、後に検討するように、問題は免責請求を肯定することについての実益の有無ということに帰着しよう。

g 責任保険の場面

最後に責任保険契約の場面が挙げられる。日本の保険法では、ドイツの免責請求権に対応する規定は存在していない。保険法の学説においては、これまでドイツ法の影響の下で保険契約者の保険者への免脱請求権（免責請求権）が議論されてきた。⁽²⁰⁴⁾そして、「わが国では、免脱請求権型の責任

(204) 前掲注(15)・中西51頁以下、前掲注(15)・西島261頁以下、前掲注(15)・広瀬83頁以下参照。

保険が、責任保険の典型ないし理念型であると評価されつつも、法律上あるいは契約上の根拠が必要となるとの理解が一般的のようである」と指摘される。⁽²⁰⁵⁾つまり、ドイツ流の免脱（免責）請求に好意的な評価がある一方で、立法的な手当てがなければ、実際に免脱請求権を認めることは難しいと一般に考えられているようである。この責任保険の場面には、被害者保護という保険法の特殊事情が存在することから、本稿では具体的な検討には踏み込めない。ただし、責任保険の場面でも免責請求権と正面から抵触するような規定は認められず、導入の可能性はありうると評価できよう。

他方で、ドイツでは一般免責請求権論の枠内に保険の場面も位置付けて論じていることからすると、日本においても一般的な枠組みを踏まえたうえでの各論的な議論も有意義であるように思われる。

h 小括

以上からすると、組合からの脱退の場面で免責請求権導入の可能性が低いと考えられる他は、各種免責請求権の成立を認めたとしても他の規定に明確に抵触する場面は存在しないと考えられる。ただし、委任の場面における代弁済請求権、または受託保証の場面での事前求償権の捉え方いかんでは、これらの規定はドイツ流の免責請求権の導入と抵触する可能性がある。また、損害賠償の場面でも、日本では効果としてのいわゆる自然的原状回復が規定上採用されていないことから、免責請求権の導入可能性についても慎重な検討が必要である。これらの規定との調整が可能であれば、日本においても個別の免責請求権を導入する可能性は存在すると結論付けられ

(205) 前掲注(15)・広瀬107頁参照。ただし、広瀬説は「責任保険において被保険者が保険者に対して有する権利は、法的には免脱請求権（保険者の側からみると免脱給付）と把握すべきであり、解釈論としても十分に成り立ちうる」と主張する（前掲注(15)・広瀬111頁）。

よう。そのため、先にも触れたとおり、今後は個別場面の特殊性を踏まえた検討が必要である。

他方で、当事者の合意による免責請求権に関しては、日本では議論がなされていない。これはドイツ流の免責請求権が日本でほとんど認知されていないためであろう。しかし、実際のところ、不法行為の事例などで被害者が自身の負わされた第三債務からの免責を加害者に請求することは考えられる。もちろん契約自由の原則からすると、合意による免責請求権の成立を認めることに問題はないと考えられる。

（４）免責請求権の意義と導入の必要性

ここまで検討してきたように、かりに免責請求権に関する議論開始への許容性が認められ、かつ、組合の場面を除いて、各場面で当該権利の導入可能性が認められるとしても、実際に導入が必要と評価されなければ、この種の導入論は意味のない議論となってしまうであろう。そこで、ドイツ法における一般免責請求権論から得られる免責請求権の意義について、最後にまとめておきたい。

a 免責請求権の意義

そもそも免責請求権という法制度は、免責債権者と免責債務者の両者の利害、および消極財産（Passivvermögen）と積極財産（Aktivvermögen）との有用な区別を最も可能性の高い方法で顧慮している、という重要な指摘がある。⁽²⁰⁶⁾そこで、この指摘について、先にみた免責請求権の法的性質および機能をもとにもう少し詳しく分析してみたい。

(206) Görner, 11f.

b 免責債権者の利害

まず、免責債権者の利害について考えるならば、免責債権者は自己の負担する第三債務の給付に拘束されることなく、自己の財産を自由に処分できることが指摘されている。さらに、免責債権者は、免責請求権を行使することによって第三債務に関する給付の危険および費用・労力から解放される。つまり、免責債務者が第三債務に関する給付の危険性などを負担することになる。なお、委任関係であれば費用前払請求も可能とされるが、委任関係にない場面では、第三債務からの免責請求という手法以外に第三債務の履行を避ける手段がない。以上の点で、免責請求権には免責債権者にとって大きなメリットが認められ、第一次的には免責債権者の保護が強調されるといえる。

c 免責債務者の利害

これに対して、免責債務者にとっての利点も指摘されている。それは、免責方法に関する自由な選択権が認められている点である。先にみたとおり、ドイツでも免責債務者は代弁済によって免責債権者を免責させることが一般的とされる。しかし、もし免責債務者が現金を有していなかったとしても、たとえば代物弁済の可能性もある。また、免責的債務引受によって免責債権者を免責させて、その後に自己の債務として履行手段を考えることも可能である。さらには、免責債務者が第三債権者との交渉によって免除契約または不訴求の合意を取り付けることも可能である。これに加えて、供託の合意や相殺契約も問題とされている。このように、免責債務者の置かれた状況に応じて免責債務者が免責方法を選択できることに第二次的なメリットが認められている。

d 第三債権者の利害

以上に対して、第三債権者の利害はどうであろうか。これについては、基本的には自己の債権が履行されれば債権者は満足を得られるので、免責債権者が履行しようと、免責債務者が代弁済として履行しようと、第三債権者の不利にはならない。これに対して、その他の免責方法については、すべて第三債権者の同意が必要と解されているので、この点でも第三債権者は不利益を被らない。したがって、ドイツでは、基本的には第三債権者の利害は考慮されなくても問題はないと考えられているようである。ただし、第三債権者から免責債務者への直接請求の可否が免責請求権の枠組みに関連する問題と捉えられている。これを認めるのであれば、第三債権者のメリットが創出されることになる。しかし、その一方で免責債務者の免責方法の選択権を奪うことになるので、ドイツでは免責請求権の枠内では直接請求は基本的には認められていない。しかし、先にみたとおり、解釈上、免責請求権の第三債権者への債権譲渡が一般的に認められており、これによれば免責請求権が金銭支払請求権に移転することになる。つまり例外的に直接請求権を認める結果となる。少数の異論もあるが、結果的にこれを肯定することがドイツでの判例・通説である。なお、日本では、委任の場面で免責債務者（委任者）に選択の余地を認めない代弁済請求が認められているところ、さらに他の場面でも代弁済構成での免責請求権を採用しうるとするならば、第三債権者による直接請求はドイツよりも認められやすくなるかもしれない。ただしこれは、第三債権者を保護すべきか否かという直接請求権論の範疇の問題であるため、これ以上は踏み込まない。

e 財産侵害に対する補償手段の区分

それでは最後に、その他の視点から論じられる理論的な面での意義についてまとめておきたい。つまり、積極財産（プラス財産）と消極財産（マ
186(1059) 法と政治 61 巻 4 号 (2011 年 1 月)

イナス財産)とを区別することによって、財産侵害に対する補償手段の明確化を図ることができるという視点である。具体的にいえば、第三債務について、免責債権者がその債務を負担したという消極財産の侵害にとどまる限り、免責債権者と免責債務者との間の利害調整はただ免責請求権の介入によってのみ可能であり、財産侵害の初期段階において適切かつ利益衡平的な補償が可能となる。その一方で、金銭支払請求権としての償還請求権は、免責債権者による第三債務の履行による出捐という積極財産の喪失を前提とするものである。そのため、前者の免責請求権はまさに後者の償還請求権を回避するために認められる権利であると指摘される。

これに対して日本では、委任の場合には、受任者の債務負担という消極財産の侵害には代弁済請求権が認められる一方で、受任者の債務履行による出捐という積極財産の侵害には費用償還請求権が認められる⁽²⁰⁷⁾。この点では、日本においても両者の区別は明確である。しかし、委任以外の場面で代弁済請求権が認められないとすると、積極財産と消極財産の区別による財産侵害の補償手段は明確化されないことになる。たとえば、第1章の冒頭で挙げた自動車の無断駐車という損害賠償の事例に対して、免責請求権を有しない日本ではどのように処理することになるのであろうか。この問題はあまり明確に論じられていないようであるが、おそらく土地の所有者は、無断駐車をした不法行為者に対して、レッカー移動費に関する債務を負担させられたことを損害とみて、民法709条に基づく損害賠償を請求することになるだろう⁽²⁰⁸⁾。しかしこのような処理では、ここで問題としている消極財産と積極財産との区別が不明瞭となってしまう。たしかに実際に適切な処理が行えるのであれば、理論的な区別は背後に退くこともありうる。

(207) 前掲注(5)・平田判タ35～36頁参照。

(208) 前掲注(10)・平野「間接代理(問屋)をめぐる責任財産及び直接訴権(2・完)」137～139頁に同旨の指摘がある。

しかし、そもそも債務の負担をもって金銭賠償の対象としての損害とみうるのかは疑問なしとしない。将来的に、第三債務が第三債権者から免除されたり、時効で消滅したりする可能性もあるし、そもそも債務自体が存在しなかったということもありうるだろう⁽²⁰⁹⁾。また、扶養義務のような将来にわたる債務であればその内容が事前に確定していない可能性もありうる。このことからすると、財産への侵害が債務の負担にとどまっている限りは、消極財産の補償手段としての免責請求権が適していると考えられる。そのための方策として、日本でも端的にドイツ流の免責請求権を認める方向か、または日本流の委任における代弁済請求権を事務管理への準用を介して一般化する方向が考えられよう。

以上のように、一般的に免責請求権を肯定することは、ある者（免責債権者）が（委任に限らない）一定の関係にある者（免責債務者）に起因して他者（第三債権者）に対して債務を負担した場合に、広く消極財産の補償手段の確立に資することとなり、その結果、積極財産・消極財産という区別による財産侵害の補償手段が適切に実現されることになることと評価できる。この点に免責請求権の第三の意義が認められる。

これをもう少し分かりやすくいえば、ある者が他人を原因として債務を負ってしまった場合に、その債務者が債務を自身で履行する前に、原因者に対して「その債務を支払わなくて済むように何とかしてくれ」と請求することができるわけである。これに対して、もし原因者が何ともできなければ、債務者は自身で債務を履行した後、原因者に対して出捐額につき損害賠償または求償を請求することになる。このように債務者（免責債権者）による第三債務の履行の前後で原因者（免責債務者）に対する補償手段が明確に区分できることになるのである。

(209) 第2章「3 意義・法的性質・権利内容」における「(3) 仮定的債務からの免責」を参照。

f 小括

以上から、免責請求権の意義は、第一に免責債権者に認められる。免責債権者は、自身の債務を実際に履行するより前に、免責債務者に対して「債務からの免責」を主張しうることから、免責債権者は自身の負う第三債務につき自らの財産による出損を免れ、かつ給付に関する危険を免れることになる。続いて第二に、免責債務者にも意義が認められる。免責債務者は、第三債務の代弁済という方法のみならず、自身の利益状況に応じた形で異なっていくつかの免責方法を任意に選択できる。この点に、日本流の代弁済方式との違いがみて取れる。なお、免責債務者の選択権を奪うことになるため、第三債権者による免責債務者への直接請求権は基本的には認められない。そして最後に、免責請求権は広く消極財産（マイナス財産）に対する補償手段の確立に資するため、積極財産・消極財産という区別による財産侵害への補償手段が適切に実現されると評価できる。この点に免責請求権の第三の意義が認められる。

以上でまとめたように、ドイツでの議論の活況を踏まえるならば、日本でも一般的に免責請求権に関する議論を開始かつ展開することは可能であり、さらにここでまとめた三つの視点から実践的かつ理論的な意義が認められることからすると、日本に免責請求権の導入を認める必要性についてもそれなりに考えても良い時期に差し掛かっているのではないだろうか。もとより各種免責請求権を導入するか否かについては、今後、個別場面の相違を踏まえた各論的な検討が必要になってくる。しかし、本稿で明らかとした一般枠組みからすると、日本においても、免責債務者に免責方法を選択する余地を認めるドイツ流の免責請求権に相応の意義が認められると評価したい。このように、冒頭で掲げた三つの課題に対して一般免責請求権論の視点から一定の回答を得たことをもって、ひとまずの締めくくりとしたい。

第4章 結びに代えて

本稿では、これまであまり論じられることのなかったドイツの免責請求権論について、とりわけ近時の一般枠組み構築の流れを受けて、比較的新しい文献を中心に客観的な紹介および検討を行った。具体的には、免責請求権が問題とされる各適用場面を整理したうえで、当該権利の意義・法的性質および機能をまとめることによって、当該権利の特殊な性格を明らかにした。さらに要件および効果に関する個別の解釈論と手続法上の問題点をまとめることで、免責請求権の特殊な性格から生じる具体的な問題とその解釈の方向性を明確にした。そして特に重要なポイントが、免責請求権がそのような特殊性を有する権利であるがゆえに、「免責債権者と免責債務者の両者の利害、および消極財産と積極財産との有用な区別を最も可能性の高い方法で顧慮している」という指摘に現れていた。この指摘を具体的かつ機能的に分析することで、免責請求権の意義を再確認できた。これら近時の議論の成果は、ドイツにおける一般免責請求権論という一般枠組み構築の視点によるものであると考えられる。さらに、このようなドイツの議論を通して、日本での議論開始の許容性、展開可能性、導入の必要性という三つの視点から、日本法への一定の示唆を得た。その結果として、免責請求権論を日本で議論するにあたっての意味を見出し、さらに当該議論を展開する可能性と、そして導入の必要性が認められるとの結論に至った。その際に、とりわけ一般的な判断枠組みを明確化したことで、これから個別の各論場面を演繹的に検討するにあたって、関連する場面を見通す鳥瞰的な視点が得られたという点に意味があると考えられる。

そうはいつでも、冒頭で紹介した免責請求権に関するこれまでの有意義な先行業績に何か付け加えられるところがあったかは心許ない限りである。かりに上述の試みが功を奏していないとしても、これまでは各所に散らば

っていて、名称も統一化されていなかった免責請求権について、ドイツの一般免責請求権論を媒介とすることで、従来の議論を集約することができただけでも基礎研究としての意味を有するものと信じたい。もちろん「この種の権利の導入など必要ない」という意見も含めて、今後の議論の進展に多少なりとも寄与するところがあれば幸いである。

他方で、今後に残った課題も多い。たとえば、各種免責請求権の適用が問題とされる各論場面については、まずは一般枠組みを把握することを目的としたため、本稿では踏み込んだ検討はなされていない。本稿で主張した一般免責請求権の意義が多少なりとも認められるのであれば、今後は各場面の特殊性を踏まえた個別検討が必要となるだろう。その際に、とりわけ委任における代弁済請求権、損害賠償の効果としての自然的原状回復、連帯債務における債務者相互間の協力義務、組合からの脱退における持分増加原則、および責任保険契約における被害者保護の特殊性といった、必ずしもこれまであまり議論が深められてこなかった問題との関係性が重要となる。これらの点を踏まえて各種免責請求権を掘り下げて検討することは、日本法への示唆を多く含みうるといえよう。

最後に、本テーマを取り上げた当初の目的である受託保証人の事前求償権との関係についても、本稿での一般枠組みの検討から一定の視座が得られた。とりわけ、免責請求権と金銭支払請求権との関係性に関する考察からは、日本法にも得られる収穫が多いものと思われる。そこで今後は、受託保証における免責請求権に特有の問題を明らかにするために、その法的性質・機能および要件・効果論を中心に研究を進める。そのうえで、わが国の事前求償権に対する検討を進める予定である。

〔付録〕本論で参照する主な条文の一覧

＜ドイツ民法典（BGB）＞

BGB 249条【損害賠償の種類と範囲】 (1) 損害賠償につき義務を負う者は、賠償を義務付ける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならない。(2) 人に対する侵害、または物の毀損に基づいて損害賠償をすべきときは、債権者は、原状回復に代えて、それに必要な金額を請求することができる。

BGB 250条【期間の指定に基づく金銭賠償】 債権者は、賠償義務者に対し、原状回復のために相当の期間を指定して、その期間経過後は原状回復を拒絶する旨の意思表示をすることができる。適時の原状回復がない場合、債権者は、その期間経過後において、金銭賠償を請求することができる。この場合においては、原状回復を請求することができない。

BGB 255条【代償請求権の譲渡】 物または権利の喪失に対して賠償しなければならない者は、物の所有権または第三者に対する権利に基づいて賠償権利者が有する請求権の譲渡と引き換えにのみ賠償する義務を負う。

BGB 257条【免責請求権】 一定の目的のために支出する費用につき償還を請求する権利を有する者は、その目的のために義務を負担したときは、その義務につき免責を請求することができる。義務が履行期に達していないときは、償還義務者は、償還権利者の免責に代えて担保を供与することができる。

BGB 267条【第三者による給付】 (1) 債務者が自ら給付を行う必要がないときは、第三者も給付を行うことができる。この場合、債務者の同意は必要でない。(2) 債務者が異議を述べたときは、債権者は、給付を拒絶することができる。

BGB 270条【支払場所】 (1) 債務者は、疑わしいときは、自己の危険と費用とに基づき債権者の住所へ送金しなければならない。

BGB 271条【給付時期】 (1) 給付の時期が定まっておらず、また事情からも明らかにならないときは、債権者は、給付をただちに請求することができ、債務者は、それをただちに行うことができる。(2) 時期が定まっている場合において、疑わしいときは、債権者は、給付をこの時期の前に請求することができず、債務者は、それをあらかじめ行うことができる。

BGB 280条【義務違反による損害賠償】 (1) 債務者が債務関係に基づく義

務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求しうる。債務者が義務違反につき責めを負わない場合は、この限りではない。(2) 債権者は、給付遅滞による損害賠償を286条の付加的要件のもとでのみ請求しうる。(3) 債権者は、給付に代わる損害賠償を281条、282条または283条の付加的要件のもとでのみ請求しうる。

BGB 281条【給付がないこと、または給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償】(1) 債務者が弁済期の到来した給付を履行せず、または債務の本旨にあって履行しない場合は、債権者は、彼が債務者に給付または追完給付のために相当期間を定めて催告したにもかかわらず、それを徒過したときは、280条1項の要件のもとに、給付に代わる損害賠償を請求しうる。債務者が一部給付をしたときは、債権者は、彼が一部給付になら利益を有しない場合にのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求しうる。債務者が債務の本旨に合った給付をなさないときは、債権者は、義務違反が重要でない場合、全部の給付に代わる損害賠償を請求しえない。(2) 債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、または両当事者の利益を考慮して損害賠償請求権の即時の主張が正当化される場合は、期間の指定は不要である。(3) 義務違反の種類に従って期間の指定が問題とならない場合は、その代わりに催告がなされる。(4) 債権者が給付の代わりに損害賠償を請求したときは、給付請求権は排除される。(5) 債権者が全部の給付の代わりに損害賠償を請求するときは、債務者は、346条から348条に従って給付された物の返還を請求しうる。

BGB 283条【給付義務が排除された場合における給付に代わる損害賠償】

債務者が275条1項から3項までにより給付を要しないときは、債権者は、280条1項の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求できる。281条1項2文および3文ならびに5項を準用する。

BGB 286条【債務者の遅滞】(1) 債務者が、弁済期の到来後になされる債権者の催告に基づいて給付をしないときは、彼は、催告により遅滞に陥る。給付を求める訴訟の提起または催告手続における支払命令の送達は、催告と同様である。(2) 催告は、次の各号の場合には必要とされない。①給付のための時期が暦日に従って定められ、②給付にある出来事が先行すべき場合において、給付のための相当期間が、それがその出来事から暦日に従って計算されるという方法で定められ、③債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、または、④特別の理由に基づき両当事者の利益の考慮のもとに、遅滞の即座の発生が正当化されるとき。(3) 報酬請

求権の債務者は、遅くとも、彼が、弁済期の到来および計算書の到達またはそれと同視できる請求権の主張後30日以内に給付しない場合に、遅滞に陥る。これは、消費者である債務者に対しては、この効果が計算書または請求書に特別に指示された場合にのみ、あてはまる。計算書または請求書の到達時期が不確かであるときは、消費者ではない債務者は、弁済期および反対給付の受領後遅くとも30日で遅滞に陥る。(4) 債務者は、給付が彼の責めに帰しえない事情によりなされない限り、遅滞には陥らない。

BGB 364条【代物弁済】 (1) 債権者が本来の給付に代わる他の給付を受領したときは、債権関係は、消滅する。(2) 債務者が債権者の債権を満足させるために、債権者に対し新たな債務を引き受けた場合において、疑わしいときは、債務者が、弁済に代えて債務を引き受けたものとは認められない。

BGB 387条【相殺の要件】 二人が互いに同種の目的を有する給付を負担する場合において、自己の受ける給付を請求し、かつ、自己の負担する給付をすることができるに至ったときは、各当事者は、相手方の債権と自己の債権を相殺することができる。

BGB 399条【内容変更または合意による譲渡禁止】 債権は、その内容を変更しなければ当初の債権者以外の者に給付することができないとき、または債務者との合意により譲渡を禁止したときは、譲渡することができない。

BGB 426条【清算義務、債権の移転（連帯債務者間の求償義務）】 (1) 連帯債務者は、特段の定めがない限り、その相互関係においては平等の割合で義務を負う。連帯債務者の一人からその負担部分を取り立てることができないときは、求償につき義務を負う他の債務者がその欠損を負担する。(2) 連帯債務者の一人が債権者に満足を与え、かつ他の債務者に対して求償することができるときは、他の債務者に対する債権者の債権はその債務者に移転する。この移転は、債権者の不利益において主張することができない。

旧 BGB 633条【修繕：瑕疵除去】 (1) 請負人は、仕事が保証された性質を有し、かつ、その価額または通常の使用もしくは契約によって予定された使用に対する適性を消滅または減少させる欠点のないように、仕事を完成する義務を負う。(2) 仕事が前項に規定した性状を備えていないときは、注文者は、瑕疵の除去を請求することができる。この場合に

は、476条 a を準用する。除去が過分の費用を要するときは、請負人は、除去を拒絶することができる。(3) 請負人が瑕疵の除去につき遅滞にあるときは、注文者は、瑕疵を自ら除去して、要した費用の償還を請求することができる。

BGB 634条【瑕疵がある場合における注文者の権利】 仕事に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、注文者は、次の各号に掲げる権利を有する。①635条による追完請求権 ②637条による瑕疵除去権および必要費償還請求権 ③以下略

BGB 637条【注文者による瑕疵の除去】 (1) 注文者は請負人の追完拒絶が適法でないときは、仕事の瑕疵を理由として、追完のために定めた相当の期間が経過した後に、その瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。(2) 323条 2 項を準用する。追完が達成されなかったとき、または注文者に期待することができないときは、期間を定めることと要しない。(3) 注文者は、請負人に、瑕疵の除去のために必要な費用の前払いを請求することができる。

BGB 667条【受任者の引渡義務】 受任者は、委任を執行するために受け取ったものおよび事務を処理することによって取得したものをすべて委任者に引き渡す義務を負う。

BGB 669条【費用前払義務】 委任の執行に必要な費用については、委任者は、受任者の請求によりその前払いを行わなければならない。

BGB 670条【(委任の) 費用償還】 受任者が委任の執行のために事情により必要と認められる費用を支出したときは、委任者は、費用償還義務を負う。

BGB 683条【(事務管理の) 費用償還】 事務管理の引受が本人の利益およびその現実の意思または推知することのできる意思に適合するときは、管理者は、受任者と同様にその費用の償還を請求することができる。679条(本人の意思に反する場合の特則)の場合においては、事務管理者の引受が本人の意思に反するときでも、管理者は、この請求権を有する。

BGB 684条【不当利得の返還】 683条の要件が存しないときは、本人は、事務管理により取得したすべてのものを不当利得の返還に関する規定によって管理者に返還する義務を負う。本人が事務管理を追認したときは、管理者は、683条に定める請求権を有する。

BGB 738条【脱退の場合の清算】 (1) 組合員が組合から脱退する場合には、組合財産に対するその者の持分は、他の組合員に属する。他の組合員は、

脱退組合員が利用のために組合に委ねたものを732条の基準によりその者に返還し、共同債務を免責し、組合が脱退の時点で解散したとすればその組合員が分割に際して受け取ることになるものを支払わなければならない。共同債務が履行期に達していないときは、他の組合員は、脱退者の免責に代えて担保を供与することができる。(2) 組合財産の価額は、必要な限度で、評価の方法により定める。

BGB 775条【免責に関する保証人の請求権】 (1) 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をしたとき、または保証人が保証引受に基づいて事務管理の規定に従って主たる債務者に対して受任者の権利を有するときは、保証人は、次の場合において、主たる債務者に対して保証の免責を請求することができる。①主たる債務者の財産関係が著しく悪化したとき ②保証引受の後に生じた主たる債務者の住所、営業所または居所の変更によって主たる債務者に対する訴追が著しく困難となったとき ③主たる債務者が自己の債務の履行について遅滞にあるとき ④債権者が保証人に対して履行につき執行力のある判決の言渡しを受けたとき (2) 主たる債務がまだ弁済期に達していないときは、主たる債務者は、保証人の免責に代えて、保証人に担保を供与することができる。

BGB 812条【(不当利得) 返還請求権】 (1) 法律上の原因なく他人の給付またはその他の方法によってその他人の損失によりある物を取得する者は、その他人に対して返還義務を負う。この義務は、法律上の原因が後に消滅または法律行為の内容に従えば給付が目的とした結果が生じない場合にも生じる。(2) 債権関係の存否を契約によって承認することも、給付とみなす。

BGB 823条【損害賠償義務】 (1) 故意または過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

<ドイツ民事訴訟法典 (ZPO)>

ZPO 803条【差押え】 (1) 動産に対する強制執行は、差押えによってする。差押えは、債権者の満足のためおよび強制執行の費用の償却のために必要な限度を越えてすることはできない。(2) 差し押さえるべき目的物を換価しても強制執行の費用を超える剰余を得る見込みがないときは、差押えをしてはならない。

ZPO 887条【代替的作為】 (1) 債務者が第三者によって実行できる作為をなす義務を履行しないときは、第一審の受訴裁判所は、申立てにより、

債務者の費用でその作為を実行させることを債権者に授權する。(2) 債権者は、作為の実行によって生ずる費用の前払いを債務者に命じることが同時に申し立てることができる。ただし、作為の実行に基づきより多額の費用の支出を生じた場合に、追加請求をする権利を妨げない。(3) 物の引渡しまたは給付を求める強制執行には、前2項の規定を適用しない。

ZPO 893条【利益の給付に関する訴え】 (1) 利益の給付を求める債権者の権利は、本章の規定によって影響を受けない。(2) 債権者は、第一審の受訴裁判所に訴えの方法で利益の給付を求める請求をしなければならない。

<手形法 (WG)>

WG 28条 (1) 手形の名宛人は引受により満期に手形を支払う義務を負わされる。(2) 支払いがなければ、所持人は、彼が振出人である場合であっても、受取人に対して、48条および49条を根拠に請求されうるすべてのことについて手形を理由とする直接の請求権を有する。

<保険契約法 (VVG)>

VVG 100条【保険者の給付】 責任保険において、保険者は、保険期間中に生じた事実につき第三者が保険契約者の責任を理由として請求をなす場合に、その請求権から保険契約者を免責し、かつ根拠のない請求権を除去する義務を負わされる。

〔付記〕本稿は(財)全国銀行学術研究振興財団2007年度研究助成による研究成果の一部である。

〔追記〕脱稿後、福田誠治「事前請求制度の目的となるリスク内容（下）——求償リスクと出捐リスク——」上智大学法学論集54巻1号（2010年）1頁以下に接した。

Der Befreiungsanspruch in Deutschland —Implikationen auf das japanische Recht—

Tsutomu WATANABE

In Deutschland denkt man im allgemeinen, dass der Befreiungsanspruch („Freistellungsanspruch“) das Recht bedeutet, von einem anderen die Befreiung von einer Verbindlichkeit zu verlangen. Der Befreiungsgläubiger kann nämlich von einem anderen (dem Befreiungsschuldner) verlangen, ihn von einer Verbindlichkeit („Drittschuld“) zu befreien. Dem Befreiungsschuldner bleibt es überlassen, auf welche Weise er die Befreiung der Drittschuld bewirkt; ob durch Zahlung an den Drittgläubiger (§ 267), befreiende Übernahme der Drittschuld (§ 415) oder Aufrechnungsvertrag mit dem Drittgläubiger. Über diesen Befreiungsanspruch gibt es viele dogmatischen Fragen, weil er einen besonderen Leistungsinhalt beinhaltet. Die Probleme des Befreiungsanspruches sind daher wichtige Themen in der deutschen Rechtsprechung und Fachliteratur.

Dagegen gibt es im japanischen Recht keinen Befreiungsanspruch. Es ist jedoch eine wichtige Aufgabe, den Befreiungsanspruch unter deutschem Recht auch im japanischen Kontext rechtsvergleichend zu untersuchen.